Geschichte und System

des

deutschen Strafrechts

von

Konrad Franz Roßhirt.

BIBLIOTHECA BAMBERGENSIS

Zweiter Theil.

System und dessen besondere Geschichte.

Erste Abtheilung.

Stuttgart.

E. Schweizerbart's Verlagshandlung.

1839.

STUTTGART

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung . . . . . S. 1.
Erstes Kapitel. Von der Strafe als einem natürlichen Mittel der Handhabung der Gewalt . . . . . S. 1.
Zweites Kapitel. Von dem Unrecht im weitesten Sinne als der Grundlage bürgerlicher Strafbarkeit . . . . . S. 8.
Drittes Kapitel. Von dem Systeme der strafbaren Handlungen nach dem gegenwärtigen Zustande des deutschen Rechts . . . S. 11.

Erstes Buch.

Von den Verbrechen gegen die Staatspersönlichkeit.

Erstes Kapitel. Ueberblick der geschichtlichen Sätze in Beziehung auf die unmittelbaren Angriffe der Staatspersönlichkeit . . . S. 19.
I. Römisches Recht crimen majestatis . . . . . S. 19.
II. Germanisches Recht . . . . . S. 25.
III. Ansichten der italienischen Kriminalisten . . . S. 29.
IV. Ansichten der Zeit, welche der Karolina vorausging, und der Karolina selbst . . . . . S. 30.
Zweites Kapitel. Geltendes gemeines Recht in Beziehung auf die unmittelbaren Angriffe der Staatspersönlichkeit . . . . S. 33.
I. Vom Hochverrath . . . . . S. 34.
II. Von andern staatsgefährlichen und landesverrätherischen Handlungen . . . . . S. 44.

Anhang von den verrätherischen Angriffen auf Verbündete des Staats . . . . . S. 48.

III. Von der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, namentlich vom Aufruhr . . . . . S. 48.

Anhang von der juristischen Beurtheilung vereinigter Privatkräfte gegen die Staatsgewalt überhaupt S. 57.

Von bleibenden Verbindungen im Staate und von einmaligen und wiederholten Versammlungen . S. 60.

IV. Von den übrigen Angriffen auf die Majestät des Fürsten und auf die in solcher Richtung stehenden Rechte der Staatsgewalt. . . . . S. 64.

Zweites Buch.

Von den Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden.

Einleitung . . . . . S. 76.

I. Römisches Recht . . . . . S. 77.

II. Germanisches Recht . . . . . S. 91.

III. Italienische Schule . . . . . S. 104.

IV. Deutsche Schule . . . . . S. 105.

I. Von der Gewaltthätigkeit im Allgemeinen . . . S. 109.

II. Von den Angriffen auf die persönliche körperliche Freiheit der Einzelnen . . . . . S. 117.

III. Von der verbrecherischen Befreiung der Gefangenen S. 123.

IV. Von den verschiedenen Arten gefährlicher psychologischer Gewalt (Drohung) . . . . . S. 127.

Von der Brandstiftung . . . . . S. 135.

Römisches Recht. Germanisches Recht. Italienisches, deutsches Recht des späteren Mittelalters. Gemeines Recht. Von der nicht absichtlichen Brandstiftung.

Vom Raub . . . . . S. 153.

Eigener Begriff und Thatbestand des deutschen neueren Rechts. Von den Arten des Raubs.

Landfriedensbruch und Befehdung . . . . . S. 168.

Eigentlich nicht mehr anwendbarer Thatbestand dieses Verbrechens.

Duell . . . . . S. 172.

Dessen besondere Geschichte und praktische Beurtheilung als Delikt.

Drittes Buch.

Von den Beschädigungen an Leib und Gut der Privaten.

Einleitung . . . . . S. 178.
Erstes Kapitel. Von den Tödtungen und denjenigen Verbrechen, die dazu gestellt werden . . . . . S. 186.
A. Römisches Recht . . . . . S. 186.
B. Germanisches Recht . . . . . S. 194.
C. Verbindung des römischen und germanischen Rechts in Italien und Deutschland . . . . . S. 200.
D. Von den allgemeinen Grundsätzen . . . . . S. 202.
E. Von den besondern Grundsätzen der einzelnen Arten der Tödtung . . . . . S. 205.
Mord. Todschlag im Allgemeinen, in animi impetu, in culpa, in Raufhändeln. Vergiftung, verrätherischer Mord mit Einschluß des Verwandtenmords. Kindermord.
Anhang von der Kinderaussetzung, Kinderabtreibung und Unfruchtbarmachung . . . . . S. 227.
Zweites Kapitel. Von den Körperverletzungen außer der Tödtung . . . . . S. 231.
A. Römisches Recht . . . . . S. 231.
Von der Richtung des kanonischen Rechts.
B. Germanisches Recht . . . . . S. 236.
C. Italienische und deutsche Schriftsteller . . . . S. 240.
D. Praktische Resultate . . . . . S. 242.
Drittes Kapitel. Von den übrigen unrechtlichen Angriffen auf die Persönlichkeit der Einzelnen . . . . . S. 245.
A. Römisches Recht . . . . . S. 247.
B. Kanonisches Recht . . . . . S. 255.
C. Germanisches Recht. Landrecht. Stadtrecht. Ständerecht. S. 256.
D. Schriften der Juristen . . . . . S. 259.
E. Praktische Resultate . . . . . S. 261.
Viertes Kapitel. Von den strafbaren Beeinträchtigungen des fremden Guts . . . . . S. 273.
Einleitung . . . . . S. 273.
Vom furtum des römischen Rechts . . . . . S. 275.
Von den Diebereien oder nicht räuberischen Entwendungen des deutschen Rechts zugleich im Hinblick auf Verderbungen und Beschädigungen.

Italienische Schriftsteller . . . . . S. 305.
Von der Karolina . . . . . S. 306.
Praktische Resultate . . . . . S. 317.

Begriff von Entwendung. Unterschied von Diebstahl und Unterschlagung. Von dem uneigentlichen Diebstahl an Feldfrüchten, an Holz im Walde, an Fischen, am Erbgut, an eßbaren Waaren. Großer und kleiner Diebstahl. Diebstahl in der Nacht und an befriedeten Gegenständen. Diebstahl durch Einbrechen und Einsteigen. Zweiter und dritter Diebstahl. Kirchenraub. Von dem Einflusse des römischen Rechts auf die deutsche Lehre von den Diebereien im Allgemeinen.

Von den strafbaren Beschädigungen des fremden Guts . S. 326.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Von der Strafe als einem natürlichen Mittel der Handhabung der Gewalt.

§. 1.

Nichts ist schwieriger, als die Bestimmung des Umfangs der Strafbarkeit. Die Frage ist dadurch nicht gelöst, daß man den Satz aufstellt: nulla poena sine lege, denn Feuerbach selbst gibt zu, daß dieser Satz für den Gesetzgeber Nichts helfe. Noch weniger wird dadurch erreicht, daß man dasjenige für bürgerlich strafbar erklärt, was der göttlichen Ordnung, d. i. der geoffenbarten christlichen Religion widerstreite, denn das äußere Gesetz ist auch in der Heiden Herz geschrieben, und der Gott des neuen Bundes will der bürgerlichen Ordnung freien Spielraum lassen. Wir stellen uns die Sache so vor:

Eine Strafe ist nicht ohne Gewalt. Aus dem Zwecke und aus der Natur der Gewalt folgt dann von selbst der Umfang der Strafe. Jede Gewalt muß positiv, d. h. durch Sitten und Einrichtungen begrenzt werden, und auf demselben Wege erfolgt die Begrenzung und Bestimmung der Strafe. Vor Allem kommt es darauf an, ob die Menschen unter einer oder unter verschiedenen Gewalten stehen, und wie sich diese Gewalten zu einander verhalten. Man rühmt die Freiheit der alten griechischen Welt:

allein da eine souveräne Gewalt und ein einziges Interesse Alles unter sich zusammenfaßte, so war die Strafe eine willkürliche Folge dieser Gewalt, denn an dem äußern Vorwande der Rechtfertigung fehlt es nie [1]). Die freie Welt des Alterthums konnte, da die Staatsgewalt des Volks nicht beschränkt war, auch die Strafgewalt nicht beschränken, und es war unnöthig, den Begriff strafbares Unrecht zu specialisiren. Aber dahin gelangte man bald, daß man festsezte, wie weit die Gewalt und das Strafrecht der Magistrate gehe [2]), und bei den Römern war die Hausgewalt und das Hausstrafrecht von großer Bedeutung.

Die Völker der neueren Zeit und der neueren Bildung haben oft die sonderbare Bestrebung geäußert, als constituirend in Hinsicht auf die höchste Gewalt auftreten zu wollen, was sehr viel zu der Ansicht beitrug, man könne die Gewalt im bürgerlichen Leben willkürlich erschaffen und vertilgen, und daher auch Recht und Unrecht, Schutz und Strafe willkürlich begründen. Allein es ist dieß eine theoretische Täuschung, welche practische Mißgriffe erzeugt, und schon vielfach von tieferen Denkern und Politikern aufgedeckt ist. Die Gewalt entsteht und besteht wie das Leben; aber ihre Wirksamkeit ist zu reguliren, und sichere Grenzen derselben sind zu stecken, gerade so wie das menschliche Leben Ziel und Maß durch körperliche und geistige Bildung gewinnt. Darauf allein können und mögen alle Staatsgrundgesetze tendiren. Darin kann dann auch bestimmt werden, wer zu strafen habe, inwieweit und wofür, und man wird, wo man nicht in das Specielle weiter einzudringen vermag, formelle Vorschriften geben können, und wo diese nicht bestehen, wird ein vernünftiges arbitrium aushelfen.

---

[1]) Noch kann man bei ungetheilter Staatsgewalt etwas Aehnliches in einigen Schweizer Cantonen sehen; nur ist dabei wohl zu bemerken, daß hier bei dem Mangel jener compacten Nationalität, die bei den Griechen über Alles, selbst über die Religion entschied, und im Hinblicke auf die frühere Geschichte des Schweizer Volks und auf den Stand der verwandten Länder die Sache als große Unvollkommenheit hervortritt.

[2]) Nur auf dem Wege der actiones (δικαι) und der diesen nachgebildeten accusationes (γραφαι) kam juristische Bestimmtheit im Gegensatze ethischer und politischer Ansichten in das Strafrecht.

§. 2.

Seit dem Anfange des 16. Jahrhunderts ist folgender historische Stand der Dinge in Deutschland die Grundlage allgemeiner juristischer Betrachtungen:

I. Die bürgerliche Gewalt suchte sich fest zu begründen durch Einrichtung des Gerichtswesens. Die Gerichte waren zweierlei, des Kaisers oder auch des Reichs Gerichte und die Landgerichte. In der ersteren Beziehung wurde mit Einstimmung der Reichsstände ein ständiges Kammergericht errichtet. Die wichtigste Seite seiner Geschäfte bildeten die Landfriedensbrüche, worin die wahre Grundlage des deutschen Reichsstrafrechts zu finden ist und die Erhaltung der Majestät, wie sie seit Carl IV. positiv regulirt wurde. Die allgemeine Strafgewalt über des Reichs unmittelbare Unterthanen hatte aber der Kaiser dadurch sich nicht vergeben. Auch blieben neben dem Kammergerichte die bestehenden kaiserlichen besondern Gerichte, wie z. B. das Hofgericht in Rottweil, die kaiserlichen Landgerichte in Franken u. s. w., deren Wirksamkeit freilich allmälig durch die Concurrenz und Ausdehnung der landesherrlichen Gerichte verschlungen wurde. In der andern Hinsicht und was die alten Landgerichte betrifft, so waren dieselben gänzlich zerfallen, und nur durch die Ausbildung städtischer Gerichtsbarkeit, ferner durch die Bildung der Schöffengerichte unter dem Schutze der landesherrlichen Gewalt war die entstandene Lücke einigermaßen ausgefüllt, und wo es fehlte, machten sich die westphälischen Gerichte geltend, die insoferne die Autorität der alten Landgerichte für sich hatten.

II. Die Bestrebung der kaiserlichen Macht ging dahin, den Landfrieden zu handhaben, außerdem gute Zucht und Ordnung durch Polizeivorschriften zu begründen [1]), endlich das Ansehen der Gerichte überall zu heben, indem das Gerichtswesen selbst veredelt [2]), namentlich aber eine Uebereinstimmung der fremden

---

[1]) Eben dahin ging auch die Bestrebung der Landesherren mit ihren Ständen, und daraus entstanden zuerst Landesordnungen, wie besonders gut der Freiherr von Freiberg in der Einleitung zu seinem Werke: Pragmatische Geschichte der bairischen Gesetzgebung und Staatsverwaltung zeigt.

[2]) Ebenso waren die Landesherren auf die Ordnung des Gerichtswesens

Rechte mit den einheimischen Gewohnheiten bewirkt werde. Noch unter Friedrich III. soll man nach der, wie uns aber scheint, unrichtigen Ansicht in dieser leztern Hinsicht geschwankt haben. Gleichwohl ist nicht unwichtig, daß die goldene Bulle mit Friedrichs sogenannter Reformation damals zusammengedruckt wurde. Aber der natürliche Gedanke, daß Völker so wenig wie Einzelne rückwärts gehen können, mußte es dahin bringen, daß die fremde Cultur mit den einheimischen Ansichten in Verbindung trat.[1]) Das Strafrecht in Deutschland hat ganz besonders diesen Bildungsprozeß erfahren.

III. Der beste Wille, die besten Gesetze sind erfolglos ohne gute Gerichte und deren entsprechende Einrichtung, verbunden mit einem sichern Verständniß des geltenden Rechts. Der Wille der Herrscher in den Landfriedensordnungen und Polizeiansichten war, wenn auch nicht systematisch gefaßt, doch bestimmt genug aufgestellt, und es geht namentlich aus den Landfriedens- und Polizeiordnungen hervor, daß man nicht nur die Uebelthäter verfolgen, sondern auch die Wege zu Uebelthaten durch Strafe abschneiden wollte. Die speciellen Vorschriften bezeichneten jedoch die gefährlichen Handlungen keineswegs in der Absicht, ein abgeschlossenes System derselben zu liefern. Im Uebrigen wären in jener Zeit die kühnsten Hoffnungen befriedigt gewesen, wenn diese Gesetze vollkommen zum Vollzuge gebracht worden wären. Theils zu diesem Zwecke, theils aber auch, um den Strafgerichten einen festen Standpunkt zu geben, kam man auf die Nothwendigkeit der Criminalgerichtsordnung. Eigentlich standen die Sachen so: Die gelehrten Gerichte hielten sich an ihre gelehrten Rechte, wie man nicht nur aus Tengler und andern ersieht, sondern auch aus Prozeßacten jener Zeit[2]). Die Schöppengerichte, verschmäht von den Gebildeten, mußten unterdrückt oder durch Verbindung mit den gelehrten Gerichten aufgefrischt werden, welches leztere das hauptsächlichste Verdienst Schwarzenbergs ist. Dabei waren diese

---

bedacht, daher die zweite Art von Landesgesetzen die Rechts- oder Gerichtsordnungen erschienen.

[1]) Die Germanisten verkennen gewöhnlich diesen Standpunkt, obgleich sie die Vortrefflichkeit der römischen Rechtsbildung zugeben.

[2]) Bairische Annalen 1835. Abtheilung Vaterlandskunde Nr. 37 ff.

Schöppengerichte nicht die ausschließenden Strafgerichte, sondern darneben kamen noch in Deutschland Rügegerichte in den verschiedensten Gestalten vor, und nicht einmal das römische System der **poenae privatae** im gewöhnlichen Civilprozeß war unterdrückt. Bei dieser Lage der Dinge wagte Niemand die allgemeine Frage: was ist strafbar? sondern die Gerichtspraxis verbunden mit den aus römischen, canonischen und germanischen Quellen und aus vorhergehenden Schriften sammelnder Lehrer löste jede Frage nur im Detail und **in concreto**. Jede Gerichtsordnung bezeichnete die Quellen des anwendbaren Rechts gewöhnlich allgemein genug in den gemein geschriebenen Rechten und in guten Gewohnheiten. Die peinliche Gerichtsordnung hatte mehr gethan; sie hat nicht nur den größten Theil der strafbaren Handlungen speciell hervorgehoben, sondern auch mit großer Gewandtheit und Einsicht ihrer Zeit überall das Verhältniß des einheimischen Rechts zum fremden angedeutet. Sicherlich hätte die Bildung des deutschen Strafrechts eine dem römischen Rechte noch günstigere Richtung genommen, wenn nicht Vieles vom deutschen Rechte durch die Carolina erhalten worden wäre. Die Ergänzung der Carolina geschah aus den übrigen Reichsgesetzen und aus dem römischen Rechte. Vor die Schöppengerichte brachte man in der Regel nur Dasjenige, was in der Carolina angedeutet ist; andere Delicte wurden entweder unmittelbar von den Reichs- oder höhern Landesgerichten behandelt, wie z. B. das in der Carolina übergangene Majestätsverbrechen und die Verbrechen der Beamten, ferner die verschiedenen Beamten, die Polizeibeamten, Forstbeamten, Zollbeamten, Zunftbeamten übten ihr Rügerecht, und manchmal mochte man auch noch mit einer Civilklage auf Pön hervortreten.

IV. Jede Obrigkeit als eine Gewalt suchte ihre Auctorität durch Strafen zu sichern und die städtischen Obrigkeiten vervollkommneten dadurch das System der Polizei. Sehr natürlich erkannte man, daß eine **disciplina publica** seyn müsse, eine Censur im römischen Sinne, eine in das unmittelbare Handeln übergehende Oberaufsicht. Diese wird ihrer Natur nach arbiträr seyn und bleiben müssen, zumal das Meiste dabei von Localverhältnissen abhängt. Einen allgemeinen Polizei-Codex zu bilden, dürfte schwierig und unzweckmäßig seyn, und was die neueren Gesetzgebungen

schwere Polizeiübertretungen nennen, wird besser in die allgemeine Straflehre als Vergehen aufgeführt. So hat man in den Lehrbüchern die allgemeinen Polizeidelicte mit den Verbrechen bis hieher verbunden, und man wird gut thun, hiebei stehen zu bleiben, mit dem einzigen Unterschiede

a) daß man bei den einzelnen Gattungen der Verbrechen das Verlaufen derselben in das oberaufsehende Rügeamt andeutet;

b) daß man die allgemeineren Unziemlichkeiten, welche polizeilich gerügt werden müssen, in Lehr- und Handbüchern eben so, wie in Gesetzbüchern anhangsweise erwähnt; [1])

c) daß man hinsichtlich der auf Localverhältnisse sich beziehenden Unziemlichkeiten, und überhaupt hinsichtlich solcher Handlungen, welche wegen ihrer Schändlichkeit, zumal sie entweder eine **res mali exempli**, oder zugleich gemein gefährlich sind, nicht ungerügt bleiben dürfen, der Magistratur eine **charte blanche** (eine **clausula generalis**) ausstellt, jedoch die Art und Größe der Strafe im maximo fixirend und den rechten Weg der Beschwerde öffnend.

§. 3.

Von der Verschiedenheit der strafbaren Handlungen nach ihrer Strafwürdigkeit.

Es ist hier, wie in der Lehre von der Schuld: so wie man eine große und geringe Schuld unterscheidet, so kann man auch die strafbaren Handlungen in solche unterscheiden, welche eine schwere Strafe, und welche eine leichte Strafe verdienen. Im positiven Rechte kann man nach der Natur der einzelnen Strafübel positiv und sehr speciell classificiren. Die Römer unterschieden die Capitalverbrechen von den leichtern, die Deutschen die

---

[1]) Insoferne wird man auch leicht von einem common law wie in England reden können, also von der Strafbarkeit der Vaganten, Bettler, muthwilliger Schuldenmacher, Banquerottirer, Säufer und Verführer zum Trunke, auffallender Geschlechtsunsittlichkeiten, Kuppler und Verführer, Auf- und Vorkäufer, Wucherer, Verkäufer ungesunder Victualien u. s. w. Siehe mein Lehrbuch des Criminalrechts S. 550, 551 und vergleiche damit bei Hawkins die Partie der offences against the common wealth.

Verbrechen an Hals und Hand von den andern [1]): in der neuern Zeit ist es herkömmlich worden, Verbrechen und Vergehen zu unterscheiden. Die Handlungen der bloßen polizeilichen Rüge hat man dann gewöhnlich auch Frevel, Wrogen genannt, doch wohl auch das Wort Vergehen hieher bezogen. Der Unterschied von Verbrechen und Vergehen hat übrigens nach gemeinem Rechte keinen bestimmten juristischen Klang, sondern deutet im Allgemeinen die Verschiedenheit der mehr und weniger schweren strafbaren Handlungen an. Dagegen ist wichtiger der Unterschied in peinliche und andere Verbrechen, wo das Wort Verbrechen wieder ganz allgemein als strafbare Handlung zu nehmen ist. So wenig bestimmt der Ausdruck „peinlich“ ist [2]), so hat die Praxis doch jederzeit so viel Werth darauf gelegt, daß, wo die Natur des Verbrechens und der Strafe es zweifelhaft lassen mochte, ob von einem peinlichen Delicte die Rede sey, der Richter wohl that, die blos bürgerliche Strafbarkeit, welche dann entweder eine polizeilich disciplinarische, oder eine bürgerliche im Sinne der eingeführten Strafe oder der römischen Privatstrafe ist, durch ausdrückliche Erklärung auszusprechen [3]). Sonach ist bei den einzelnen Gattungen der Verbrechen auf diesen Punkt überall aufmerksam zu machen. Das baierische Gesetzbuch, nach dem Vorgang des französischen, hat einen sehr wirksamen positiven Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen begründet: in Frankreich war dieser Unterschied nothwendig, da den Geschwornengerichten nur ein

---

[1]) Darunter sind nicht blos zu verstehen die an Haut und Haar, sondern auch die, wo man mit einer Wette in Geld oder Verlust eines Guts, oder der Rechtlosigkeit belegt wurde, wobei freilich nicht zu übersehen ist, daß man die Strafen an Haut und Haar in Geld lösen konnte. Schwäbisches Landrecht Kap. 116.

[2]) Pein kömmt von dem Altdeutschen pina, und dieses vielleicht aus dem Griechischen *ποινη* und geht auf Leben, Leib und Ehre; doch in Beziehung auf den Leib waren verstümmelnde, d. h. die Gesundheit, Körper-Integrität angreifende Strafen verstanden, nicht solche, die an Haut und Haar blos gingen, wo man mit 5 Schillingen die Strafe lösen und wo der Bürgermeister bürgerlich richten kann. Schwäbisch. Landrecht Kap. 108. §. 18. Kap. 116. §. 3, 4. Richtsteig Landr. Kap. 28.

[3]) Gutachten der Leipziger Schöppen von 1620 bei Carpzow pract. rer. crim. qu. 109, Nr. 31—36.

specieller Spielraum ihrer Wirksamkeit gegeben werden sollte: in Baiern blieb es ein Schulunterschied, und man hat daher mit Recht bei neueren Gesetzbuchs-Entwürfen ihn wieder aufgegeben, wenn auch immer die beiden Worte „Verbrechen und Vergehen“ im Leben und in den Gerichten die allgemeine Bedeutung der schweren Schuld zur leichteren haben werden. [1]).

Zweites Kapitel.

Von dem Unrecht im weitesten Sinne als der Grundlage bürgerlicher Strafbarkeit.

§. 4.

Die allgemeinste und richtigste Bedeutung des Unrechts ist die römische — **quod adversus bonos mores fit, idque non fieri alicujus interest.** Der zweite Gedanke in dieser Begriffsbestimmung führt uns auf den Begriff der Persönlichkeit, denn das Unrecht ist etwas an sich Schlechtes, welches zugleich die Kränkung einer Persönlichkeit enthält. Also gibt der Begriff von **injuria** die Grundlage für alles Unrecht, für alle Verbrechen und Vergehen, und so muß sich überall die Kränkung einer Persönlichkeit nachweisen lassen. Allein es handelt sich hier nicht blos von der Persönlichkeit der Individuen, sondern auch von jener des Gemeinwesens, wobei nur nicht zu übersehen ist, daß bei den Fällen des strafbaren Unrechts die Persönlichkeit des Gemeinwesens entweder allein oder zugleich mit der Person eines Privatmannes angegriffen seyn muß, und daß es auf eigenthümlichen Einrichtungen beruht, wenn Strafen auf gleiche Art, wie das Mein und Dein geltend gemacht werden können.

---

[1]) So geschieht es auch im englischen Recht, daß die Worte **crime** und **misdemeanour** unter derselben Idee als Verbrechen und Vergehen gewissermaßen gleichbedeutend sind, aber doch das Verhältniß der schwereren und leichteren Richtung andeuten. **Blacstone book IV, ch. 1.**

Von der Kränkung der Persönlichkeit des Staats wird man also in der Darstellung der Verbrechen und Vergehen ausgehen müssen, wobei dann wieder Alles von dem besondern Zweck des Verbrechens abhängt, der, wie wieder die Römer richtig erkannt, allein eine wissenschaftliche Classification der Verbrechen und Vergehen herstellen kann. Das römische Recht denkt sich den verbrecherischen animus unter folgenden Richtungen, als hostilis in rempublicam [1]), als animus majestatem imminuendi, vim inferendi, lucri faciendi, damni dandi et injuriandi. Die drei ersten Richtungen bilden eigentlich das System der judicia publica, die drei andern das System der delicta privata. In der ersten Hinsicht concentrirte sich eigentlich Alles in das crimen majestatis, von welchem man nur in Folge der bürgerlichen Unruhen die Friedensbrüche (crimen de vi) unterschied. Die Aufstellung besonderer judicia publica für die Untersuchung (crimen) der repetundae, ambitus, homicidiorum, plagiorum, falsorum geschah in specieller Ausbildung der einzelnen Fälle mittelbarer Majestätsverletzung, d. i. staatsgefährlicher Unternehmungen. Aber merkwürdiger dürfte seyn, daß Religion und Sittlichkeit bei den alten Völkern durchaus keinen selbstständigen Standpunkt darboten, und daß wer die Staatsreligion verlezte, die Majestät des Staats angriff, eben so wie die Unzuchtverbrechen von Augustus nicht der Unzucht wegen, sondern des Nationalverderbnisses wegen mit öffentlicher Strafe belegt wurden [2]).

[1]) Ursprünglich war dieß die einzige Richtung der Kapitalverbrechen, daher Capitalgericht oder Judicium perduellionis ein und dasselbe war; es hieß auch parricidium i. e. in patres commissum, denn die Patricier machten den Staat. Die Versuche, die älteste Bedeutung von parricidium zu erklären, sind freilich sehr verschieden, und man legt vielen Werth auf das occidere; so sagt z. B. Lydus de magistratibus lib. 1. c. 26 (freilich ein fataler Gewährsmann): parricida im spätern Sinne sey qui parentem, im ältern Sinne: qui civem occidit. Auch die quaestores perduellionis vel parricidii konnten ursprünglich nur aus den Patriziern gewählt werden. Niebuhr III. Bd. S. 35. 43.

[2]) Umdrehen läßt sich der Gedanke nicht, wie einige Neuere wollen, d. h. daß Religion und Sittlichkeit dasjenige unmittelbar bestimmen solle, was gegen die Staatsordnung ist; denn damit würde die Selbstständigkeit aller menschlichen und politischen Weltordnung und

Daß das Privatpönalsystem auf dem oben angegebenen Gegensatze des lucri faciendi, damni dandi und injuriandi animus beruhte, bezeugt nicht blos der Blick in Justinians Institutionen, welche uns darstellen das heimliche und gewaltthätige Beeinträchtigen lucri faciendi causa, ferner die Beschädigung und Injurirung als die 4 gemeinen Formen der delicta privata, sondern auf einzelne Stellen [1]), und die Fortschritte in der Legicographie werden in solchen Punkten dereinst noch höchst schätzbare Aufklärungen verschaffen, denn die römische Rechtssprache ist den Begriffen ganz entsprechend ausgebildet.

Leider konnte dieses in Deutschland nicht geschehen, und darüber trauern wir mit den Germanisten. Der Anfang war gemacht, aber mit dem Hereinbrechen des römischen Rechts kam die Sprachverwirrung; sicherlich aber wird, wenn dereinst die deutsche Rechtswissenschaft noch höher gebildet ist, auch hier ein erfreuliches Resultat nicht ausbleiben, wozu freilich die Gunst der Zeiten noch für viele Generationen erfordert wird. Was aber das frühere deutsche Recht betrifft, so unterschied man bekanntlich Verräthereien, Friedensbrüche und solche Angriffe auf Leib und Gut, die beides nicht waren: etwa in demselben Sinne, wie die Römer den hostilis animus, den animus vim inferendi und injuriandi [2]) unterschieden haben. Daher kömmt es dann, daß der Mord in den meisten Fällen als Verrätherei bestraft wurde, und der Todschlag vielfach nicht als Friedensbruch erschien, daß Diebstähle in der Regel nicht als Vergewaltigungen vorkamen, aber unter Umständen auch als solche angesehen werden konnten; daß man auch Unzuchtverbrechen, z. B. Entführung, Nothzucht als Friedensbrüche classificirte, und überhaupt das Verbrechen, wie schon das Wort zeigt, aus dem Standpunkte des gebrochenen Friedens auffaßte. Aber darneben hatten Religion, Sittlichkeit

---

Bewegung untergraben seyn. Die Ausbildung des Christenthums selbst verlangt den Unterschied des sacerdotii et imperii, und zu keiner früheren Zeit, selbst nicht in jener, wo man die 10 Gebote zur Grundlage des natürlichen Strafrechts nahm, ist man in eine solche Vermischung gefallen, die auch nur als Uebersättigung aus neueren philosophischen Bestrebungen hervorgetreten ist.

[1]) Z. B. l. 14. D. 19, 5. und andere.

[2]) Das Zeichen der Injurie im deutschen Rechte ist die Wette.

und bürgerliche Ordnung allmälig ihre eigene Bedeutung unter dem Namen Polizei.

Höchst interessant ist die Untersuchung, wie in der Carolina, und noch besser, wie in der Bambergensis das System des römischen Rechts, welches im Criminalrechte unter den Imperatoren weniger princip-fest und zusammenhängend dastand, ferner das System des deutschen Rechts in seiner älteren Richtung der Verräthereien, Vergewaltigungen, Angriffe auf Leib und Gut, und mit der späteren Zuthat der Vergehen gegen die gute Zucht und Ordnung ineinander geschoben wurden.

Drittes Kapitel.

Vom Systeme der strafbaren Handlungen nach dem gegenwärtigen Zustande des deutschen Rechts.

§. 5.

Die Einsicht menschlicher Dinge ruht zunächst auf historischen oder sinnlichen Erfahrungen, und ohne diese Grundlage ist kein sicheres Wissen: aber den Erscheinungen des Lebens die höhere Richtung, wornach das Zufällige und vereinzelt Stehende verschwindet, und ein heller Blick der beleuchtenden Sonne auf das geistige Gebiet fällt, abzugewinnen, ist der wahre Beruf wissenschaftlicher Bestrebung.

Im Kampfe der Elemente für die neue Bildung gegen das Ende des 15. Jahrhunderts finden wir

1) das System aus dem gelehrten (römischen und canonischen) Rechte — die eigentlichen Kenner desselben standen noch ziemlich isolirt von den gewöhnlichen Practikern, aber der Geist der Bildung, welche ihnen das Studium jener Rechte gegeben hatte, machte sie brauchbar für die höchsten Staatsgeschäfte, und die gelehrten Rechte hatten so hinwiederum ihre gute Protection. Einige Practiker bemühten sich, die gelehrten Rechte populär zu machen, allein auf diesem Wege hat Niemand gewonnen, denn

die Arbeiten sind geistes- und geschmacklos — von allen Parteien getadelt. Doch trugen sie bei, die zu allen Zeiten nicht unwichtige Klasse der Halbgebildeten einigermaßen zu gewinnen. Mußte ja selbst Schwarzenberg auf diesem Wege aus jener Quelle schöpfen!

2) Das System aus dem einheimischen Rechte. Der Sachsen- und Schwabenspiegel, die städtischen Weichbilde, das Rechtsbuch Ruprechts in Baiern, die späteren Städteordnungen und die neueren Landfriedens- und Polizeiordnungen mit den entsprechenden Landesordnungen wirkten kräftig, um die germanische Fortbildung zu bewahren, aber die politischen und Culturverhältnisse, als die Grundlagen der Rechtsbildung, waren, seitdem hauptsächlich durch die Kreuzzüge und durch andere bekannte Umstände eine gewisse von Italien aus bereitete Weltbildung die germanischen Länder ergriffen hatte, so verändert, daß die germanische Nationalbildung in dem neuen Prozesse von allen Seiten neue Elemente aufnehmen mußte.

3) Das System einer neuen politischen Ordnung. Während nach dem ersten und zweiten Systeme auf dem Wege der Wissenschaft und Gewohnheiten die Fortentwicklung bewirkt werden sollte, bestrebten sich Kaiser und später auch Landesherren durch ihre politische Gewalt neue Ordnungen zu bilden, und der Gedanke der Reformation durch neue gesetzliche Systeme und Inbegriffe des Rechts herrschte und siegte wie in unsern Tagen. Nur im bürgerlichen Rechte drang diese Ansicht nicht durch, wohl aber in den politischen Rechten, namentlich im Strafrechte.

Dennoch wurde dadurch der Einfluß der beiden ersten Systeme nicht erstickt, denn es ist ein vergeblicher Gedanke, daß eine gleichwohl abgeschlossene Gesetzgebung rein aus sich selbst erweitert werde, zumal man gewöhnlich nicht weiß, wie der Gesetzgeber die übergangenen Punkte sich gedacht hat, und da der subjective Rationalismus der Gesetzausleger von jeher kein Glück machte; auch sollte nicht einmal durch die neue Gesetzgebung das Alte erstickt seyn, und es lassen sich in der That wohl einzelne Einrichtungen machen, wobei man den ganzen alten Bau vorher niederreißt, die juristische Welt eines Volks selbst aber läßt sich nicht auf einmal neu erschaffen, und so war es dann natürlich, daß seit dem Jahre 1533 ein neuer Prozeß begann, in welchem

Wissenschaft und Praxis die angegebenen drei Systeme und Elemente verarbeiteten. Dazu kamen besonders die in frischer Kraft neben der gemeinen deutschen Gesetzgebung hervortretenden Landesrechte. Theils diese, theils das Ungewohnte einer neuen Gesammtgesetzgebung, theils der Umstand, daß die gelehrten Höfe und Richter die neue Gesetzgebung nur als ein Werk für die Layenrichter ansehen und ihr System nicht für berührt hielten, weßhalb auch die deutschen Gelehrten sich immer noch unmittelbar an die italienischen Schriften anschloßen — dieß Alles brachte es dahin, daß man Jahrhunderte zu arbeiten hatte, bis sich ein Kern der neuen Frucht bildete.

Dieser Kern ist das allmälig aus der Carolina und namentlich aus deren Erläuterung und Verbindung mit den römischen und germanischen Grundsätzen hervorgegangene System, welches zwar unter den rein practischen Bestrebungen des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts nicht würdig genug erfaßt, und mit der philosophischen Richtung der neuern Zeit gänzlich hintangesezt wurde, auch von schwachen Augen heutzutage noch nicht erkannt, und von den Anbetern der modernen Weisheit aus den verschiedensten Gründen verachtet wird, bald weil es mit dem lieben Herr Gott anhebt, bald weil es einem neueren Lehr- und Gesetzbuch nicht gleichkömmt, bald weil Jeder, der Freude und Anhänglichkeit an den Ansichten der früheren Zeit haben kann, als ein solcher geschildert wird, der wie ein Gespenst unter den Lebenden wandle. Daher lohnt es sich der Mühe, auf sicherem Grunde eine Zusammenstellung zu machen, die sich auch äußerlich freundlich und gewissermaßen zeitgemäß ausnehmen dürfte.

Das Halsgerichtswesen jener Zeit, aus welcher die Carolina hervorging, ist dadurch schon dem Worte nach charakterisirt, daß die gewöhnliche Strafe die Todesstrafe war.[1]). Die Art der Todesstrafe aber zeigt die Richtung des Verbrechens. Friedensbrüche und Gewaltthaten wurden mit der Schwertstrafe, Verrätherei und Mord mit Viertheilen und Rad, Ketzerei, Kirchenraub, Münzfälschung und Brandstiftung mit Feuer gestraft, und bei Hochverrath, Apostasie und Vatermord fand auch Confiscation

---

[1]) Verbrechen und todeswürdige Handlung war in jener Zeit ziemlich eins, daher sich Alles fast nur um die Art der Todesstrafe handelte.

statt [1]). Lebendig Begraben und Ertränken hatte man besonders bei den heimlichen und von den Deutschen sehr gehaßten Delicten namentlich der Weibspersonen. Dagegen in denselben Beziehungen den Galgen bei den Männern. Einige Verbrechen, z. B. Meineid, wurden mit einer verstümmelnden Strafe belegt, und von den geringern Delicten war im Allgemeinen angenommen, daß sie an Leib und Gut zu bestrafen seyen. Die Carolina ging weiter, und zog alle strafbaren Handlungen von den schwersten bis zu den geringsten speciell in ihren Kreis, und folgte dabei gleichmäßig dem römischen Rechte und den deutschen Gewohnheiten. Mit jenem fing sie, wie man am besten aus der Bambergensis sieht [2]), zuerst die Religionsverbrechen an; dann das Majestätsverbrechen und die schweren Injurien, sofort die Fälschungen und Geschlechtsunsittlichkeiten, Alles hauptsachlich nach römischem Rechte behandelnd — sofort kommt das deutsche Recht in den Verräthereien und Friedensbrüchen, in Tödtungen und Diebstählen. Auf diese Art aber wurden die Gattungen der Verbrechen sowohl nach ihrer Geschichte als nach ihrer objektiven Bedeutung sehr gut zusammengehalten, und für die Praxis war ein besseres System gar kein Bedürfniß.

§. 6.

Daß sich aber ein solches aufstellen läßt, ohne daß die positive Richtung etwas verliert, und ohne daß eine spekulative Vorbetrachtung nöthig ist, mag die jezt folgende kurze Darstellung beweisen, welche übrigens nichts weiter bezweckt, als anzuzeigen, in welcher Ordnung unsre Schrift die einzelnen Verbrechen behandeln wird.

I. Unmittelbare Angriffe auf die Persönlichkeit des Staats sind das nächste Objekt der Verbrechen. Dabei kömmt es natürlich auf die Staatsverfassung an. In den monarchischen Staaten Deutschlands ist, trotz der nicht gleichartigen Verfassungen, immer vor Allem auf die Persönlichkeit des Fürsten zu sehen; in den freien Städten und in Beziehung auf den deutschen Bund, tritt

---

[1]) Siehe darüber die Tyroler Malefizordnung vom Jahr 1499.

[2]) Dieß zeigt auch schon der Art. 105 von unbenannten peinlichen Fällen, wo das römische Recht als Hülfsrecht erklärt wird.

mehr eine unsichtbare Persönlichkeit hervor. Aber auch in den monarchischen Staaten ist nur die persona publica in das Auge zu fassen, obgleich in manchen Beziehungen die persona privata sich nicht unterscheiden läßt. Zweck und Mittel bilden die feineren Unterschiede in dieser Gattung von Verbrechen. So entstehen folgende einzelne Verbrechen.

1) Der Angriff auf die **persona principis hostili animo in rem publicam**, d. h. der Angriff auf die höchste Staatsgewalt, um sie zu vernichten oder zu schwächen, oder der Verfassung, d. i. der Staatsgewalt eine andere Richtung zu geben — ebenso der Angriff auf die Existenz und Verfassung des städtischen Gemeinwesens in den vier freien Städten heißt Hochverrath. Zu seiner genaueren Bestimmung gehören der spezielle Plan und die gebrauchten oder vorgehabten Mittel. In der ersten Hinsicht unterscheidet sich hauptsächlich der **hostilis animus** von dem der bloßen Widersetzlichkeit und von dem des Verrathes einzelner Geheimnisse und Interessen. In der andern Hinsicht unterscheidet man Konspiration und Gewalt Mehrerer (Verschwörung und Aufruhr [1]) von den Unternehmungen Einzelner. Auf diese Weise kommen neben dem Hochverrath, der Landesverrath, oder wie ihn eine neue Gesetzgebung nennt, der Staatsverrath niederen Grads, ferner Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit. In allen Beziehungen, d. h. sowohl bei dem Hochverrath, als Landesverrath und der Widersetzlichkeit ist das Verhältniß der Verschwörung und des Aufruhrs besonders zu untersuchen und überhaupt kommen die politischen Verbindungen gegen den Willen des Staats in Betracht. Also bildet einen Stamm von Verbrechen Hochverrath, Landesverrath, Widersetzlichkeit gegen die Staatsgewalt, Verschwörung und Aufruhr, politisch unerlaubte Verbindungen.

2) Jeder andere Angriff auf die Rechte der höchsten Gewalt oder Persönlichkeit des Staats. Dieß ist der eigentliche Stand-

---

[1]) Gleich hier muß man bemerken, daß man den hochverrätherischen Aufruhr von jenem, welcher blos in der Gesinnung der Widersetzlichkeit gegen Regierungsanordnungen vorgenommen wird, unterscheiden muß. Der erstere fällt natürlich in den Hochverrath, und so bleibt nur das andere Verhältniß zur eigenen Behandlung. Gleiches gilt von der Verschwörung.

punkt des Majestätsverbrechens, welches wissenschaftlich und praktisch noch nicht gehörig verarbeitet ist. Nur die römische Ansicht von injuria, nicht die deutsche von der Kränkung eines imaginären, bloß in der früheren germanischen Geschichte reelleren Guts der Ehre, kann den richtigen Standpunkt gewähren.

II. Ein gewissermaßen besonderes Gut der Persönlichkeit des Staats in eben dem Maße, wie die äußeren Güter neben der physischen Person, ist der gemeine Frieden. Hieher gehören alle Arten deutscher Friedensbrüche und gemeingefährlicher Bedrohungen, insbesondere Raub und Brandstiftung und andere gemeingefährliche Beschädigung, Verletzung der individuellen Freiheit und jede gemeingefährliche Gewaltthat selbst ohne Beschädigung.

III. Ebenso wichtig und zur besonderen Auffassung geeignet ist die Verletzung von Treue und Glauben in öffentlichem Verkehr. Hieher die noch sehr der Verarbeitung bedürftige Lehre von Fälschungen und Betrug, die nicht unter dem Vorwand der Unterscheidung des öffentlichen und Privatinteresses zu trennen ist.

IV. Es ist ein Triumph der christlichen Lehre und zugleich der Weisheit christlicher Zeiten, daß Religion und Sittlichkeit nicht blos des politischen Nutzens und einzelner politischer Zwecke wegen ein öffentliches Interesse darbieten, sondern daß sie ihrer selbst wegen geschüzt werden müssen. Die Religionsschändung ist nicht als Injurirung der Staats- oder Kirchengesellschaft aufzufassen, sondern der Staat soll anerkennen, daß er die Religion zu schützen hat, wie der Mann sein Weib, nicht wie der Herr seine Sclavin. Ebenso ist es mit der ohnedieß von der Religion beseelten Sittlichkeit. Nimmt man diese Stellung an, so können die hieher gehörigen strafbaren Handlungen nicht unter ein anderes untergearbeitet werden, und so hat die Sache auch die Karolina aufgefaßt; darauf kömmt es aber nicht an, daß sie im Systeme einer bloßen Ceremonie wegen an die Spitze gestellt werden. Vielmehr wird die recht erkannte Richtung der Religion und Sittlichkeit, sie mag in ihren speciellen Erscheinungen stehen, wo sie will, überall das ganze Gebiet des Wissens und Wirkens erleuchten.

V. An und für sich wäre das System geschlossen und höchstens könnte noch der Schutz der Persönlichkeit der Einzelnen

durch Strafe unter besondern Umständen herangezogen werden, obgleich hier gerade die Grenzscheide zum bürgerlichen Rechte liegt. Allein theils historische Rücksichten der Entwicklung des positiven Rechts, theils die genauere Untersuchung des Verhältnisses, wie ein Angriff auf Leben, Leib und Gut der Einzelnen zugleich als Angriff auf die Staatspersönlichkeit der Strafe unterworfen ist, und wie sonach die immerhin schon unter III. und IV. gegebenen Principien näher zum Schutze der unmittelbaren Rechte der Einzelnen zu verwenden sind, führen auf die Lehren:

a) von den Tödtungen und Körperverletzungen,
b) von den Diebstählen und Beschädigungen äußerer Güter, wornach sich dann anschließt [1])
c) dasjenige, was außerdem wegen des unmittelbaren Angriffs der Persönlichkeit Einzelner (Injurien) noch strafbar ist.

Immerhin möchte man den hier zusammen gestellten Delicten die Hinrichtung auf den unmittelbaren Angriff Einzelner zugestehen, aber es ist unnöthig und zweckwidrig, einen Unterschied zwischen sogenannten Privatverbrechen und andern zu bilden [2]).

---

[1]) Es ist nicht zufällig, daß in der Carolina nach geschlossenem System Tödtungen und Diebstähle hintennach mit der Erklärung kommen; hiernach folgen etlich böse Tödtung und hiernach folgen etlich Artikel von Diebstahl: es hängt dieß vielmehr damit zusammen, daß nicht jede Tödtung und jede Entwendung ein Verbrechen (Friedensbruch) ist, am wenigsten in dem Sinne, wornach man die Strafe nicht ablösen kann. Daher blieb immer noch eine Spur des alten Wehrgelds über, und nur der Gebrauch des römischen Rechts hat sie vernichtet. Auch nach allgemeinen Begriffen muß zur Tödtung und Entwendung noch etwas dazu kommen, damit sie Verbrechen seyen (vis und fraus).

[2]) Will man einen solchen bilden, so muß die Sache ganz anders aufgefaßt werden, als Feuerbach oder der neueste würtembergische Entwurf es gethan haben, es muß nämlich nie der Gedanke verloren gehen, daß eigentlich mittelbar immer die Staatspersönlichkeit der gemeine Frieden u. s. w. angegriffen wird, und nur ausnahmsweise in wenigen Fällen das blose Interesse des Einzelnen durch Strafe geschüzt zu werden pflegt, wo dann die Strafforderung den Standpunkt einer actio privata gewissermaßen erhält, und daher Manches von dem Willen des Beschädigten abhängen kann. Damit ist dann wieder nicht zu verwechseln die Verfolgung eines Verbrechens

VI. Es gibt eine disciplina reipublicae über alle Angehörigen und über des Staates besondere Diener. In der ersten Hinsicht ist von den sogenannten Polizeivergehen zu handeln, in der andern von den Dienstverbrechen und Vergehen, wobei einzelne gemeine Verbrechen besondere Modificationen erhalten. Daher ist es auch nothwendig, die Verbrechen der Staatsdiener nach vollendeter Lehre der besonderen Verbrechen erst aufzustellen, diesen die Lehre der Disciplinarvergehen der Staatsdiener anzuhängen, und endlich mit der allgemeinen Lehre der **disciplina publica** zu schließen [1]).

Man kann wohl auch zwei Haupttheile aus dem eben bezeichneten Materiale bilden:

a) den mehr auf unmittelbare Verletzung der Staats- und Privatpersönlichkeit gehenden, welcher **I. II. V.** umfaßt;

b) den die rein ethischen Interessen umfassenden Theil **III. IV. VI.**

---

die nicht ex officio, sondern nur auf Antrag unmittelbar Betheiligter geschehen soll.

[1]) Hier läßt sich so wenig ein abgeschlossenes System liefern, als für die häusliche Zucht und Ordnung. Wir erinnern nur an zwei Fälle: wenn Jemand lieblos oder feig einen Andern nicht rettet, den er ohne alle Gefahr hätte retten können — und wenn Jemand eine Petarde legt, um Viele zu erschrecken. Beide Fälle müssen gerügt werden, aber wer wird hier Alles zusammenfassen und klassificiren. Hier muß dem gesunden Sinne und der Ehrenfestigkeit des Rügeamts Alles überlassen und dasselbe nur durch die Grenzen seiner Strafmittel beschränkt werden.

Erstes Buch.

Von den Verbrechen gegen die Staatspersönlichkeit.

Nur zum Verräther werde nicht, das Wort
Ist ausgesprochen, zum Verräther nicht!
Das ist kein überschrittenes Maß! Kein Fehler,
Wohin der Muth verirrt in seiner Kraft.
O! das ist was ganz Anders — das ist schwarz,
Schwarz wie die Hölle!

Schiller.

Erstes Kapitel.

Ueberblick der geschichtlichen Sätze in Beziehung auf die unmittelbaren Angriffe der Staatspersönlichkeit.

I. Römisches Recht. Crimen majestatis.

§. 7.

1) In der ältesten Zeit des römischen Gemeinwesens wurde der Staat zusammengehalten durch den Willen des populus, in welchem die ungetrennte Gewalt der Gesetzgebung und Vollziehung lag [1]). Dem Willen des Volks enthoben war nur das Sacralrecht, welches gleichsam die unter Numa Pompilius gegebene

---

[1]) Es fand nämlich wegen der Vollziehung die provocatio ad populum statt.

magna charta (gegen die unbeschränkte Volksgewalt) ist. Daher der Gegensatz des jus sacrum et publicum [1]), daher für spätere Fundamentalgesetze der Ausdruck leges sacratae, die auch die Magistraturen, namentlich die Tribunen [2]) schützen sollten. Hieraus wieder die majestas der Tribunen und der hohen Magistraturen, und durch die potestas tribunicia des Principats. Zum Sacralrecht gehörte der wichtigste Theil des alten Strafrechts namentlich gleich ursprünglich der Verrath zwischen Patronen und Clienten [3]), und durch ein späteres Gesetz jede Bestrebung nach Erlangung königlicher Gewalt [4]), endlich jede Bestrebung nach Vernichtung der von der plebs erlangten Verfassungsrechte [5]).

Der dem Sacralstrafrechte Verfallene war vogelfrei und seine Tödtung kein Unrecht, sondern die Erfüllung, wenn auch nicht einer besondern bürgerlichen und religiösen, doch patriotischen Pflicht.

Neben dem Sacralstrafrechte bestand das Recht des königlichen imperii, jeden staatsgefährlichen Verbrecher zu richten. Das Gericht hieß: judicium perduellionis vel parricidii; es wurden besondere Richter, welche nicht bloß zu untersuchen, sondern nach dem ganzen Geist des alten Gerichtswesens salva provocatione zu judiciren hatten, niedergesezt: quaestores parricidii [6]) und die Strafe war die Todesstrafe (infelici arbore, ausnahmsweise durch Herabstürzen vom tarpejischen Felsen), wenn nicht durch eine provocatio ad populum, wo Recht und Gnade ineinander lief, geholfen werden konnte. Das judicium perduellionis bestand durch die ganze Republik fort, denn es war das eigentliche

---

[1]) Mit der Berufung auf die sacra thaten die Patricier so lange Widerstand den Plebejern.

[2]) Livius II. 54.

[3]) Dionys. Halic. II. 10. Roßhirt im Archiv XI. S. 3.

[4]) Livius II. 8.

[5]) Livius II. 54. Festus sub voce sacratae leges.

[6]) Es scheint jedoch, daß ursprünglich nur für die Patricier die quaestores niedergesezt waren, weil die Provocation an die Curien statt fand, dagegen das judicium über die Plebejer im imperium des Königs lag: und erst in den XII Tafeln wurde dieser Punkt des Rechts der Patricier und Plebejer auf die bekannte Weise ausgeglichen. Nicht gleich aber konnten die quaestores Plebejer seyn, sondern erst mit dem licinischen Gesetz erlangten diese Antheil an dem Amte der quaestores Niebuhr. III. 35. 43.

Blutgericht, und selbst als die Todesstrafe aufgehoben wurde, ging dieser alte Criminalprozeß nicht unter, wie man am besten aus Cicero's Schriften sieht, der in seiner Weise bald selbst von diesem alten Rechte Gebrauch macht, wie in der Catilina'schen Verschwörung [1]), bald die Sache als veraltet darstellt, wie in der Rede pro Rabirio, besonders c. 3 und 4. Es scheint auch niemals das Recht des Volkes zur Todesstrafe abgesprochen, sondern nur dem Angeklagten das exilium eröffnet, und in contumaciam die interdictio aquae et ignis verfügt worden zu seyn. Der Gedanke, daß derjenige, welcher unmittelbar die Persönlichkeit des Staats hostili animo angreife, als ein perduellis gerichtet zu werden verdiene, blieb immer, und ist nicht erst unter den Kaisern [2]) oder gar erst durch Ulpian [3]) wieder erweckt worden.

Aber wichtig ist der Umstand, daß keine lex, keine Begriffsbestimmung über das judicium perduellionis besteht, folglich die vollkommene Beurtheilung von That und Recht [4]) seit den XII Tafeln dem judicio populi vel Senatus (wo nämlich der Senat judiciren konnte oder der populus es ihm oder gar besonderen Commissionen überlassen hatte) freigegeben war.

2) Oft ist behauptet worden, das judicium perduellionis sey zunächst unter Sulla in das judicium majestatis übergegangen. Diese Vorstellung ist ganz unrichtig, das crimen majestatis ist vielmehr für einzelne Fälle erfunden worden, welche man aus politischen Gründen besonders mit Strafe verfolgen und wobei man geflissentlich das herkömmliche System des Criminalrechts umgehen wollte. Die Lex Apuleja majestatis wollte Denjenigen treffen, der sich ohne specielle Rechtfertigung vom römischen Heere entfernte [5]), denn eine solche Handlung trage dazu bei,

---

[1]) Sallust. Catilina cap. 32. i. f.

[2]) Spartianus in Hadriano c. 5. 7. sagt: ne in perduelles quidem saeviit.

[3]) L. ult. D. ad leg. jul. maj.

[4]) Allmälig rechnete man gewiß dahin, die Verbindung mit einem auswärtigen Feind, Mord an einem römischen Bürger, carmen famosum und incendium: Dinge, welche schon von den XII. Tafeln her als schwere Uebelthäter angesehen waren. Roßhirt Archiv IX. S. 22.

[5]) Cicero de Oratore II. 25. Dieck Versuche über das Criminalrecht der Römer. S. 71.

die Majestät des römischen Volks zu gefährden. Die Lex Valeria (vielleicht Varia) wollte Denjenigen treffen, welcher die Bundesgenossen gegen Rom aufreize.[1]) Nachdem aber einmal der hier angeregte Gedanke einer eigenen moralischen Persönlichkeit (majestas), welcher Persönlichkeit durch Handlungen Einzelner Gefahr drohen könne — diese einfachen Völkern noch nicht angehörige Idee Wurzel geschlagen hatte, so war es nützlich, eine Reihe verschiedener Handlungen darauf zu beziehen, und L. Cornelius Sulla wollte besonders auf diesen Gedanken dem Staatswesen durch die moralische Wirkung der Strafe aufhelfen, wobei es dann nicht fehlte, daß so gewiß von einem einzelnen Falle das Majestätsverbrechen Wesen und Benennung ableitete, man nunmehr eben so sehr sich bestrebte, Alles, was politisch bedenklich schien, unter dem Standpunkt der bedrohten Majestät zu bringen. Sulla selbst hat nur einzelne Fälle gefährlicher Eigenmacht hieher gestellt, z. B. das eigenmächtige Verfügen über ein Heer, das Nichtachten der Intercession eines Magistratus, das sich Einlassen mit fremden Herrschern u. s. w., lauter Dinge, deren Bedeutung er in seinem eigenen Leben kennen gelernt hatte[2]). Seine wesentlichste Bestrebung war, den römischen Senat als die Centralkraft des römischen Gemeinwesens zu constituiren, und die Senatoren zugleich als Gerichtshof namentlich für jene Verbrechen, wodurch die concrete Staatsgewalt und der gemeine Friede gefährdet oder gebrochen werden könnte, aufzustellen. Dieser Gedanke begegnet uns ja auch in dem Pairsgerichtshofe des neuen Frankreichs; aber in Rom sollte natürlich nicht jene Spannung, nicht ein schielendes Verhältniß der Regel zur Ausnahme zwischen den Geschwornen — oder democratischen Gerichten und dem aristocratischen Gerichtshofe bestehen, sondern Sulla

---

[1]) Dieck S. 75.

[2]) Sigonius de judiciis lib. II. c. 29. und über Sulla's Einrichtungen, Zachariä Lucius Cornelius Sulla als Ordner des römischen Freistaats. 2te Abth. Heidelberg, 1834. Drumann Geschichte Roms u. s. w. Königsberg 1835, II. Thl. S. 487. Ramshorn de reipublicae Romanae forma, qua L. Corn. Sulla totam rem Romanam etc. commutavit Lipsiae 1835. Das ist aber für den Geist jener Majestätsgesetze wichtig, was Tacitus Ann. I. 72 sagt: facta arguebantur, dicta impune erant.

wollte das democratische Element ganz beseitigen, daher auch durch andere Strafgesetze, wahrscheinlich durch das allgemeine Gesetz de judiciis publicis Alles einer solchen Gerichtseinrichtung accomodirt wurde.

3) Der Begriff der Verletzung und Gefährdung der abstracten Staatspersönlichkeit stand nun fest. Dadurch unterschieden sich dann hauptsächlich das crimen majestatis und de vi, wenn auch die Fälle, wofür die leges de majestate et vi gegeben waren, ineinanderliefen, wie diese Concurrenz bei andern leges nicht weniger vorkam. Das crimen de vi hatte den gemeinen Frieden im Auge, das crimen majestatis die Integrität und Heiligkeit der personificirten Staatsgewalt. Daß man auf diese Vieles, ja Alles beziehen konnte, ist natürlich: aber wir wissen nicht mit gehöriger Verläßigkeit, wie die Sache unter J. Cäsar und unter Octavianus angesehen wurde, wenigstens nicht, ob beide eine lex majestatis im Geiste Sulla's erneuerten, oder ob nur Cäsar jene lex gab, die den Anhaltpunkt im Corpus juris gewährt, und ob außer der Bestrafung der famosi libelli unter Augustus ausdrücklich etwas dazu kam [1]). Am wichtigsten ist, daß man so in den Zeiten der Republik auf die minuta majestas der magistratus und der Tribunen hingewiesen hatte, namentlich im Geiste der Sulla'schen lex, und daß es daher höchst natürlich war, seit Augustus auch von der majestas principis zu sprechen. Gegen diese regte sich besonders das geheime Gift der famosi libelli, welche folglich auch dem Majestätsverbrechen verfallen waren [2]); aber man blieb nicht dabei stehen, sondern das Majestätsverbrechen erhielt unter den schlechten principes die willkürlichste Ausdehnung [3]) und die besten Fürsten konnten mit Recht ihren Ruhm darin setzen, auszusprechen, daß sie nicht durch das Majestätsgesetz regiert hätten. [4]) Hiernach war es auch

---

[1]) Zwei Punkte sind ungewiß: a) von wem die lex Julia ist, zu welcher die einzelnen Stellen im Corpus juris gehören; b) wie sich dieselbe zur lex Cornelia verhalten habe. Nur auf das Ungewisse hin nennt Perez zu Cod. IX. 8. §. 1. die lex Julia eine lex tralatitia ex lege Cornelia.

[2]) Tacitus Ann. lib. 1. c. 72. Suetonius in Aug. c. 55.

[3]) Tac. Ann. lib. 3. c. 22.

[4]) Plinii epistol. lib. X. ep. 86. Spartianus in Hadriano cap. 18.

natürlich, daß in demselben Geiste die Rechtsgelehrten als Rathgeber der bessern Imperatoren, wie z. B. Ulpian, ihren Standpunkt benüzten, um das noch aus der republikanischen Zeit kommende Majestätsgesetz in seiner edleren Richtung zu erhalten, und die schandhafte Ausdehnung desselben unter den schlechten Imperatoren unbemerklich zu machen [1]). Nach dieser Richtung hat in den Pandecten das Majestätsverbrechen keine andere Bedeutung als die am Ausgange der Republik, und nur das ist vorzüglich zu bemerken, daß Ulpian die schweren Fälle des unmittelbaren Angriffs der Persönlichkeit des Staats oder princeps von den weniger gefährlichen Conspirationen und Tendenzen sorgfältig unterscheidet, indem er erkennen läßt, daß in den Fällen der leztern Art das Verbrechen nicht todeswürdig sey, ja selbst keine Capitalfolge oft nach sich ziehe [2]).

4) Nun ist nur noch zu untersuchen, welche Resultate die Constitutionen des Codex liefern. Die Barbarei des Despotismus, welche von Profan- und Kirchenschriftstellern den vorchristlichen und zum Theil auch christlichen Imperatoren vorgeworfen wird, findet sich zur Ehre der Jurisprudenz nicht im Corpus juris.

a) Zwar kommen ein paar Rescripte vor, aus welchen man sieht, daß man das Majestätsverbrechen sehr auszudehnen suchte [3]),

---

[1]) l. 1. 2. 3. D. h. t. der eigentliche Inhalt des Majestätsgesetzes in der dogmatischen Ausführung.

[2]) In dem treffenden Pandectentitel sind folgende Punkte wichtig: 1) die Beschreibung des Verbrechens (l. l. 1—4) wobei man sieht, daß die Juristen nicht commentirt, sondern die Stellen der lex, wie im Privatrechte des Edicts angegeben haben. Doch ist die Darstellung gewiß nicht erschöpfend. Zwei Stellen stehen etwas abgerissen vom Uebrigen l. 2. quive sciens falsum conscripsit vel recitaverit in tabulis publicis und in l. 4. item, qui confessum in judicio reum et propter hoc in vincula conjectum emiserit. 2) Die unbefriedigende Verweisung auf das sacrilegium und auf die XII. Tafeln l. 1. pr. l. 3. pr. 3) Die unter den Imperatoren bekannte Form des Verbrechens an den statuae imperatorum l. 4. §. 1 bis l. 6. 4) Das Ende (l. 7—11) enthält die Singularitäten bei der Rechtsverfolgung und Bestrafung dieses Verbrechens.

[3]) Der Grund der Ausdehnung wurde meistens daraus genommen, daß entweder kaiserliche Rechte verlezt waren, z. B. das Münzrecht, daß sich Jemand für eine kaiserliche Obrigkeit ausgab oder Gefängnisse anlegte. Cod. 9. 5. l. 2. Cod. 9. 24. l. 3. i. f. D. 48. 4. oder

allein die Imperatoren selbst antworteten beschränkend l. 1. 2. cod. 9. 8.

b) Daß der sonst milde Constantin der Große und der in der Blüthe seiner Jahre getödtete Gratianus strenge Verordnungen, die jedoch keine Neuerungen enthielten, erlassen mußten, hat schon Dieck aus dem Zustande der Zeiten gerechtfertigt.

c) Die so oft angegriffene l. 5. — gegeben von des großen Theodosius Söhnen, der selbst mit diesen seinen Kindern die herrliche l. un. cod. 9. 7. über die maledicta principis schrieb, enthält, wie Dieck und Abegg [1]) gezeigt haben, kein neues Recht, die Richtung der Verordnung aber, die nebenbei zu Gunsten der ersten Staatsbeamten gegeben ist, entspricht jenen Zeiten, wo die Staatsumwälzung sich nicht bloß auf die Würde der Imperatoren, sondern auch auf jene der Stellvertreter derselben bezog [2]). Die unhistorische Auffassung des römischen Rechts hat freilich dieser Stelle im Mittelalter eine ganz besondere Bedeutung gegeben, nur ist ihr Sinn insoweit nicht verfehlt, als die Kirche zu Gunsten der Cardinäle [3]) und die goldene Bulle [4]) zu Gunsten der Churfürsten sie anwendete, weil so die Persönlichkeit der Kirche und des deutschen Reichs in Haupt und Gliedern erfaßt wurde.

II. Germanisches Recht.

§. 8.

1) Um dieses zu begreifen, muß man nicht nur die verschiedenen Zeiten unterscheiden, sondern man muß, was mehr ist, die ganz eigene Richtung der Entwickelung verschiedener öffentlicher Gewalten untereinander und übereinander, gewöhnlich in voller Unabhängigkeit voneinander, ins Auge fassen. Jeder freie Mann

---

daß man den animus injuriandi in Beziehung auf den princeps fand, z. B. bei einem falschen Schwure unter Anrufen des kaiserlichen Namens l. 2. cod. 9. 8.

[1]) Im neuen Archiv VII. Bd. 1 St.

[2]) Dieck S. 156.

[3]) Cap. 5 de poenis in 6. V. 9. Das kanonische Recht wiederholt nur das neueste römische Recht, wie allgemein bekannt ist. C. 6 qu. 1 can. 22 und c. 33 qu 3 de poenit dist. 1. can. 9.

[4]) Cap. 24.

hatte Gewalt über die Seinigen, und die entsprechende Pflicht war unbedingt. Ergebenheit und von seiner Seite Schutz und Vertheidigung (fidelitas). — Der freie Mann, welcher in eine Gefolgschaft trat, übernahm ganz dieselbe Pflicht gegen den Gefolgsherrn; die in kriegerischen Unternehmungen und später im friedlichen Genusse des Eroberten zusammenwirkenden Herren und Leute hatten dieselbe Pflicht gegen ihre Oberherren; jeder freie Mann, der bei seiner Stammnation verblieb, hatte zwar eine unabhängigere Stellung, aber treu und gewärtig mußte er seyn dem gemeinen Gebot und dem Anführer im Kriege; jede Untreue gegen die Person des **rex** oder **dux** durch Tödtung oder Angriff, sowie gegen den Volksstamm, durch Verrath an einen Feind war todeswürdig [1]). Unter den Karolingern wurde die Treupflicht besonders auf den von ihnen gebildeten Heerbanndienst bezogen [2]). Im Uebrigen war diese ganze Richtung der **infidelitates** dadurch ausgezeichnet, daß sie nicht als eine Verletzung des inneren Friedens und Gesetzes, als ein Verbrechen im ursprünglichen Sinne des Wortes, wie vielmehr als eine Verletzung des **vinculi publici**, des **status communis vel proprius** angesehen und deßhalb auch mit dem Verluste von Leben, Gut und Ehre belegt wurde [3]). Es würde wenig helfen, einzelne Stellen hiefür zu citiren, denn der Standpunkt der Verrätherein in den verschiedensten Richtungen hat sich in Wort und Sinn bis in das sechszehnte Jahrhundert wohl erhalten, wie sich weiter unten zeigen wird. Doch läßt sich nicht läugnen, daß man der germanischen eigenthümlichen Vorstellung besonders in Beziehung auf die Untreue gegen die höchste Gewalt frühzeitig den schon durch die fremde Hof-, Kirchen- und Geschäftssprache bekannten Namen **crimen majestatis** gab [4]).

---

[1]) L. Ripuar. c. 59. Bajuv. tit. 2. c. 1. Alaman. c. 24. Visigoth. lib. 1. tit. 1. § 7. Ohlenschläger goldne Bulle, S. 337.

[2]) Siquis dimisso exercitu absque jussu et licentia regis domum revertatur et quod nos Teudisca lingua dicimus Heriliz, fecerit, ut ipse sit *reus majestatis* vitae periculum incurrat, et res ejus fisco nostro socientur. L. Carol. M. §. 3, jezt bei Pertz t. III. pag. 83, 84.

[3]) Das Kompositionensystem war hieher nicht anwendbar.

[4]) Gregor. Tur. lib. 10. c. 19. Annales Reuber. ad ann. 788. Thassilo crimine laesae majestatis accusatus est. Constitt. Henrici VII. Im Uebrigen hatten die Chronisten diesen Begriff aus

2) Im eigentlichen Deutschland und dessen bürgerlicher Ordnung bildet sich immer mehr das Herrenwesen mit seiner Vererblichkeit und in vielen andern, namentlich auf kleine Territorien beschränkten Beziehungen gleichsam privatrechtlich aus [1]). Die Macht des Königs und Reichs wurde schwächer und Angriffe darauf konnten nur von solchen geschehen, welche selbst eine politische Macht besaßen. So kam es, daß man wohl dem deutschen Kaiser und König die Majestät zuschrieb, welcher sie später mit den Kurfürsten theilte und hier auf das römische Recht provocirte, den Begriff Verrätherei aber auf das Verhältniß der deutschen Herren zu Gemeinden und einzelnen Unterthanen bezog [2]). Anders war es in England und in Frankreich, wo der König das Haupt der Nation wurde, und jeder freie Mann in einem unmittelbaren Verhältnisse zu ihm blieb. Wenn dann nach den germanischen Vorstellungen die moralische Abstraktion der **res publica** nichts galt, sondern die Wesenheit des Staats in der physischen Person des Hauptes sich konzentrirte, so geschah es, daß namentlich in England die meisten Uebelthaten als Treubrüche gegen den König erschienen [3]). Etwas anderes in Deutschland, wo das Interesse der vielen Herren und selbst des Königs mit seinen Erblanden gegenüberstand dem gemeinen Interesse, und wo folglich die Verrätherein mehr der Richtung der gekränkten Herren Rechte, die Verbrechen dagegen der Richtung der gekränkten gemeinen Rechte entsprechen [4]).

---

dem praktischen Rechte ihrer Zeit in Italien abstrahiren können. So finde ich folgende merkwürdige Stelle bei Regino ad ann. 801, wo er von einem Gerichte, das Karl der Große in Rom hielt, spricht: Post paucos dies jussit eos, qui anno superiori pontificem deposuerant, exhiberi, et habita de eis quaestione secundum legem Romanam ut majestatis rei capitali sententia damnati sunt, pro quibus tamen papa pio affectu apud imperatorem intercessit, nam vita et membrorum integritas eis concessa est, coeterum pro facinoris magnitudine exilio deportati sunt.

[1]) Wir meinen dadurch familienrechtlich, aber in der Gestalt, wie die Hausgewalt bei den Römern doch auch ein imperium enthielt.

[2]) Man findet daher auch nicht den Ausdruck Hochverrath, alta proditio, sondern immer nur den Namen Verräther in den Rechtsbüchern.

[3]) Dieß beweist der Ausdruck Felonie.

[4]) So ist es erklärlich, warum der reiche Sammler Grimm unter

3) Dennoch war auch in Deutschland die Verrätherei nicht bloß auf das Herrenverhältniß bezogen. Man muß die älteren Ansichten über unerlaubte Handlungen aus den Rechtsfolgen beurtheilen.

a. Die Verrätherei gegen den Herrn zog immer den Verlust der beneficia und Standesehre nach sich [1]).

b. Dabei kam noch die Beurtheilung nach Landrecht dazu. Mordet Jemand seinen Herrn, verläßt er ihn feig in der Schlacht, überliefert er ihn den Feinden, so wird er mit dem Tode bestraft, was schon alter Gebrauch war [2]), besonders aber in jenen deutschen Rechten bestätigt wird, auf welche das römische Recht Einfluß hatte. [3]) Ferner versteht es sich, daß jede Handlung, welche ein Friedensbruch war, auch in Beziehung auf den Herrn neben den lehenrechtlichen Folgen als solcher land- und strafrechtlich behandelt wurde [4]).

c) Ermordung ansehnlicher Personen, worunter besonders Geistliche, ferner Ermordung von Eltern und Verwandten, Ehegenossen, überhaupt schwere Mißhandlung solcher Personen, denen man Respekt und Anhänglichkeit schuldig war, wurde von jeher als eine todeswürdige Niederträchtigkeit und Verrätherei angesehen [5]), und nach Landrecht wie der schwerste Friedebruch

---

den Verbrechen auch nicht die leiseste Spur der Verräthereien sehen läßt.

[1]) Art. 40 des ersten Buches des Sachsenspiegels. Dieß ist die Beurtheilung nach Lehenrecht, es gibt aber auch eine nach Landrecht. Daher hat Zöpfl in seiner Rechtsgeschichte §. 97 Unrecht, wenn er glaubt, die Heeresflucht wäre jezt nicht mehr todeswürdig gewesen. Siehe die Glosse zum Art. 40.

[2]) Insoferne werden die Verräthereien in den späteren Sammlungen unter den todeswürdigen Landfriedensbrüchen (Verbrechen) aufgeführt. Art. 13 des zweiten Buchs des Sachsenspiegels.

[3]) Grimm S. 739.

[4]) Art. 8 des dritten Buches des Sachsenspiegels. Wenn hier der König oder Gerichtsherr seinen eigenen Dienstmann nach Landrecht richtet, fehlt er nicht gegen seine Pflicht, den Dienstmann zu schützen, Art. 78 des dritten Buches des Sachsenspiegels.

[5]) In ganz gleicher Richtung kömmt noch heutzutage petit treason im englischen Rechte vor als ein Mord des Dieners an dem Herrn, des Weibes an dem Mann, des niederen Geistlichen an seinen Prälaten. Hawkins a treatise of the pleas of the crown book I. ch. 14.

bestraft, ja es konnte deßhalb keine Abbüßung, wie schon oben angezeigt ist, stattfinden, und dieses ist eines der charakteristischen Merkmale in der Natur der Verrätherei [1]).

4) In das System der Verrätherei mag auch das alte Verhältniß der Verbindung der Verwandten zum gegenseitigen Schutz einigen Einfluß gehabt haben, denn die Treue der Verwandten gegeneinander blieb eine Rechtsforderung bis in das Recht des Sachsenspiegels [2]) und der späteren Zeit. Die Familie bildete so eine Art von Gemeinwesen fort.

Das Resultat aus diesen Untersuchungen ist um. Eine Art von Staatspersönlichkeit tritt im König oder Herzog vor; außerdem ist den germanischen Völkern die eigene Pflicht der Treue gegen Herren, angesehene Personen und Verwandte aufgelegt, und es ist bei dem politischen Stande der Verhältnisse nicht bloß eine Pflicht des Privatrechts, sondern vielmehr des öffentlichen Rechts. Die Treueverletzung an König und Herzog, und mittelbar am Land, die Treuverletzung an Herrn und Verwandten durch schwere That ist als Verrätherei ein todeswürdiges, außerhalb des Kompositionenrechts liegendes Unrecht.

III. Ansichten der italienischen Kriminalisten.

§. 9.

Dieselben hielten sehr am römischen Rechte. Gandinus bringt Alles unter dem Standpunkt der **lex julia majestatis:** Angelus Aretinus unterscheidet die **proditio patriae** (hai tradito la tua patria) vom **crimen laesae majestatis,** vielleicht durch die **perduellio,** vielleicht auch durch die germanische Verrätherei in Beziehung auf das in Italien ausgebildete städtische Gemeinwesen verführt. Clarus endlich untersucht Alles unter dem Standpunkt des Majestätsverbrechens, bezieht es aber auf die Verletzung der Rechte des Königs, und erwähnt als besondern Fall das Verhältniß, **si vasalli recognoscentes Regem contra Barones rebellent.**

---

[1]) Grimm S. 739.
[2]) Drittes Buch Art. 78.

IV. Ansichten der Zeit, welche der Carolina vorausging und der Carolina selbst.

§. 10.

Das Recht der deutschen Gewohnheiten hatte sich im Sachsenspiegel und in den ähnlichen Werken konzentrirt, allein weder geschichtlicher Sinn erläuterte es, noch erhielt ein veredelnder praktischer Geist es in lebendiger Anwendung. Die emporstrebende Landeshoheit fand dieß Recht für sich nicht geeignet; für das Städtewesen war das germanische Recht — vom Ursprunge her weniger berechnet; das kanonische Recht hatte sich im Grunde doch mehr an das römische Recht angeschlossen; aber was das Wesentlichste ist, die Bildung eines **common law**, wie sie im Sachsenspiegel angefangen war, konnte nicht fortgesezt werden, weil das römische Recht das schon fertige **common law** war, und daraus ist der große Unterschied der Rechtsbildung zwischen Deutschland und England zu erklären [1]).

Seit der Zeit der goldnen Bulle und natürlich auch schon vor derselben war das Prinzip des römischen **crimen majestatis** herrschend, in welchem man auch die deutsche Verrätherei, soferne sie sich auf den römischen Kaiser und das deutsche Reich bezog, enthalten fand. Wenn man daher den Ausdruck „Verrätherei“ fortanwendete, so wurde er hauptsächlich bezogen:

1) Auf das Verhältniß zu den Landesherrn, ja als diese nach dem Muster der den vornehmsten Fürsten verliehenen Majestät, sich gewissermaßen dasselbe Recht der Majestät zuschrieben, auf das Verhältniß der Heeresflucht und der verrätherischen Uebergabe von Schlössern und Städten.

2) Auf das Verhältniß des Mords an angesehenen Personen, Eheleuten und nahen Verwandten.

So erscheint namentlich die Sache in der Bambergensis, der originellen Grundlage der neuen Kriminalrechtsbildung [2]), nämlich Art. 132, das Majestätsverbrechen gegen den römischen

---

[1]) Selbst England konnte es nicht unterlassen, überall lateinische Kunstwörter zu wählen.

[2]) Das Wort originell gebrauchen wir deßhalb, weil hier zuerst eine vernünftige Ineinanderverbindung des germanischen und römischen Rechts versucht ist, was weder in der Tyroler noch Radolphzeller Malefizordnung der Fall war.

Kaiser und König, die nach Carpzow's Zeugniß immer in gleicher Würde geachtet wurden, ist Angriff und Konspiration auf die Majestät, wobei freilich das Lästern (maledicere) verbaldmunden [1]), vorzüglich erwähnt ist. Art. 133, Lästerung derjenigen Herren, welche keine Majestät hatten. Art. 134, Libelli famosi. Art. 135, Heer=, Landes= und Herrnverrath. Dazu Art. 149, von der Verrätherei überhaupt (siehe auch noch Art. 51). Die Art. 132, 133 und 135 sind ganz ebenso in Tenglers Spiegel. Die Carolina aber hat Alles, was sich auf das Majestätsverbrechen bezieht, ausgelassen, und nur den Artikel von der Verrätherei im Allgemeinen, nämlich den Art. 149 der Bambergensis, aufgenommen [2]). Dieß mochte geschehen seyn, weil von dem Majestätsverbrechen schon in einem andern Reichsgesetze gehandelt, am meisten aber das Majestätsrecht des Königs und der Churfürsten den übrigen Landesherren gegenüber schon damals streitig war, indem selbst Karl zu sagen pflegte, daß andere Könige über gewöhnliche Leute, er aber über Könige zu herrschen habe. So kam es dann auch, daß über die Anwendung des **crimen laesae majestatis** von jener Zeit an bis auf die Zeit der Auflösung des deutschen Reiches Streit blieb [3]), obgleich Carpzow ihn schon zu Gunsten aller Landesherren entschieden hatte [4]). Dagegen konnte man die Lehre von der Verrätherei nicht gänzlich umgehen, da ein eigener Artikel in der Carolina darauf lautete; allein man bezog denselben mehr auf das **homicidium** an Verwandten, und da auch hier die römische Lehre vom **parricidium** eingriff, so wurde die Sache bald ganz vergessen. In den Compendien des achtzehnten Jahrhunderts, z. B. von F. C. v. Böhmer, Engau, Koch, dem älteren Meister, findet man Nichts von der Verrätherei, ausgenommen im Prozesse zog man den Art. 42 „von den Indicien der Verrätherei“ an. Dagegen unterschied man sorgfältig bei dem **crimen majestatis** die

---

[1]) Schwabenspiegel c. 116. § 11. 23.

[2]) Auch der Art. 134 (jezt ohne Zusammenhang) ist in der Carolina enthalten.

[3]) Im Jahre 1800 wurde der Freiherr von Brabeck des Verbrechens der beleidigten Majestät gegen den Fürstbischof von Hildesheim angeschuldigt.

[4]) Part. 1. qu. 41.

perduellio, und dieß war offenbar der germanische Begriff von Verrath gegen Fürst und Land [1]). Dieser Begriff wurde in England als Hochverrath gehörig ausgebildet, und als gegen das Ende des achtzehnten Jahrhunderts in Frankreich und Deutschland der Blick in politischer Hinsicht mehr als früher auf England fiel, und die philosophischen Betrachtungen sich an jene der Engländer anzuschließen anfingen, kam man darauf, bei dem Worte perduellio das Wort Hochverrath beizufügen, wie in des jüngeren Meisters lateinischem Compendio zu ersehen, und als endlich die Compendien deutsch geschrieben wurden, so geschah es hauptsächlich dadurch, daß das Wort Hochverrath gemeinrechtlich in Deutschland wurde. In der Theresiana — dem Ausgangswerke der dritten Periode in der Geschichte des deutschen Strafrechts kömmt der Ausdruck „Hochverrath" noch nicht vor, sondern es ist hier von dem Majestätsverbrechen und von dem Landesverrathe die Rede. Anders steht es schon in dem preußischen Landrechte und in der jezt geltenden österreichischen Gesetzgebung. Der Ausdruck Landesverrath ist bald beibehalten, bald in Staatsverrath in den neueren Gesetzgebungsversuchen und Büchern umgeändert worden. Eine ganz eigenthümliche von der alten Zeit abstehende Gestalt hat natürlich auch hierin der Code pénal. Er unterscheidet nämlich Crimes et délits contre la sureté extérieure (art. 75—85) und contre la sureté intérieure, und hinsichtlich der lezteren attentats et complots contre le Roi et sa famille (art. 86—90) et crimes tendant à troubler l'etat par la guerre civile (91—102). Natürlich ist es, daß gerade in diesem Theile des Strafrechts Revolution und Contrerevolution eine neue Konstruktion des Systems bewirkt haben.

---

[1]) Dieß sieht man am besten aus Gobler's Uebersetzung — denn die Ueberschrift zum Art. 124 lautet: poena perduellionis seu proditionis.

Zweites Kapitel.

Geltendes gemeines Recht in Beziehung auf die unmittelbaren Angriffe der Staatspersönlichkeit.

§. 11.

Wenn das gemeine Recht in Deutschland hinsichtlich des Civilrechts einen sehr festen Standpunkt im römischen Recht hat, da die Grundsätze desselben sogar für die Institute des germanischen Rechts verarbeitet sind; so ist die Sache etwas bedenklicher im Strafrechte, weil die Carolina, die das römische Recht zwar ebenfalls als gemeines Recht bestätigt, doch vielfach germanische Gewohnheiten in ihrer eigenen Bedeutung beibehielt, und überhaupt durch die Verbindung des römischen und deutschen Rechts die selbstständige Grundlage eines neuen gemeinen Rechts werden wollte. Dazu kommen nun die Interpretationen, die keineswegs abgeschlossen sind, und sodann vorzüglich die, wie uns scheint fehlerhafte Richtung der neueren Gesetzgebung, welche Anordnungen mit wissenschaftlichen Begriffen und Ansichten des Lebens so verbindet, daß auch die lezteren der Gewalt der Gesetzgebung unterworfen werden sollen. Um das Falsche einzusehen, mag man nur einen Blick auf das englische Recht werfen. Hier werden auch neue Gesetzsysteme in Vorschlag gebracht, aber nur zu dem Zwecke, um die verschiedenen Verordnungen (statuts) zu consolidiren, nicht um etwas an den Begriffen der Wissenschaft und des Lebens (common law) zu ändern. Freilich ist in Deutschland fast zu viel in die Hände der Doktrin und Praxis gekommen; allein hier läßt sich leicht helfen, und unsre Arbeit wird beweisen, welche gemeinrechtliche Grundlagen des Strafrechts wohl auch durch neuere Gesetzgebungen nicht verändert werden können. Im Uebrigen ist zu wünschen, daß das gemeine deutsche Strafrecht durch die Wissenschaft fortgebildet, und zugleich mit Rücksicht auf die neuen Gesetzgebungen verarbeitet werde, so, daß auch hierin Nationalehre, Nationalkraft und Nationaleinheit die auf uns treu vererbte Bedeutung behalten.

I. Vom Hochverrath.

§. 12.

Begriff.

Der Hochverrath erscheint im neueren römischen Rechte als ein Theil des römischen Majestätsverbrechens und ist gerichtet gegen den Inhaber der höchsten Staatsgewalt und gegen die bestehende Verfassung. Das Majestätsverbrechen sezt nämlich ein souveränes Gemeinwesen voraus, und ist daher auf jeden deutschen Bundesstaat anwendbar. Jeder Bundesfürst steht an der Stelle des Kaisers, und daher finden nicht bloß die allgemeinen Grundsätze der Verrätherei [1]), sondern die besondern Grundsätze der verlezten Majestät statt. Nur muß gleich hier bemerkt werden, daß das Majestätsverbrechen auf alle staatsgefährliche Handlungen ging, ja auch Handlungen umfaßte, die nicht einmal staatsgefährlich waren, oder nicht im feindlichen und verrätherischen Sinne vorgenommen wurden; und daher bekömmt das Verbrechen als Hochverrath eine genauere Bestimmung durch einen Gegensatz in doppelter Bedeutung:

1) zu denjenigen Handlungen, welche den Staat benachtheiligen, ohne für die höchste Gewalt und für die Verfassung unmittelbar gefährlich zu seyn;

2) zu denjenigen Handlungen, welche die Rechte der höchsten Gewalt angreifen, aber ohne verrätherische und staatsgefährliche Gesinnung.

§. 13.

Gegenstand.

Gegenstand des Verbrechens ist:

a. Der Inhaber der höchsten Staatsgewalt. In den monarchischen Staaten Deutschlands vereinigen Fürsten die gesammte Staatsgewalt in ihrer Person, und daher ist die fürstliche Person

---

[1]) Der Ausdruck „Landesverrath“ scheint in Gemäßheit der durch die Landeshoheit gebildeten Herren und Länder entstanden zu seyn. denn die Ausdehnung des Majestätsrechts auf die Kurfürsten war ein Privilegium.

Gegenstand des Verbrechens. Dabei läßt sich Nichts unterscheiden und kein Vorbehalt machen, soferne nur die andern Merkmale des Verbrechens vorhanden sind. An der fürstlichen Gemahlin wird dieß Verbrechen nicht begangen, wenn nicht eine mittelbare Beziehung die Verletzung derselben zum Hochverrath macht, denn wenn ihr auch die Majestät gebührt, so ist dieses doch nur ein **jus honoris** nicht **potestatis**. Eben so wenig findet dieß Verbrechen direkte am Regierungsnachfolger oder Regenten als Stellvertreter statt, weil, wenn auch vom römischen Könige neben dem römischen Kaiser die Rede ist, beide als in vollkommen gleichem Rechte und zusammen auf der höchsten Stufe stehend, angesehen wurden. Ebendeßhalb aber findet das Verbrechen am wirklichen Mitregenten statt. In den nicht monarchischen Staaten, nämlich in den vier freien Städten Deutschlands ist die höchste Gewalt bei derjenigen Versammlung, welche das Gesetzgebungsrecht ausübt; eigentlich aber fällt hier die Richtung des Verbrechens auf eine sichtbare Person ganz weg und Alles konzentrirt sich in den Punkt ad b.

b. Gegenstand des Verbrechens ist ferner die Verfassung des Staats, d. i. der Inbegriff der Einrichtungen, unter welchen die Staatsgewalt ihre besondere politische Form und Garantie hat. Von diesem Standpunkte aus macht man den Unterschied zwischen den Angriffen auf die Verfassung und zwischen den eigenmächtigen Unternehmungen gegen Handlungen der Verwaltung oder Regierung, indem die lezteren nicht zum Hochverrathe gehören. Ob man die Rechte der Staatsgewalt verringern oder vergrößern will, ist gleichviel, ja, wenn man ungewiß und gleichgültig dabei wäre, ob die Staatsgewalt gewinnen oder verlieren dürfte, so ist doch jede Veränderung in der politischen Form im Ganzen und im Einzelnen das Verbrechen. Nähere Beschreibungen lassen sich nur im Geiste einer bestimmten Verfassung machen.

c. Gegenstand des Verbrechens ist endlich der Staat, d. i. ein bestimmter Umfang von Land und Genossen gegen Außen. Die Beeinträchtigung des Staats zu Gunsten einer andern Macht bildet das Verbrechen. Man hat dieß oft auch Landesverrath genannt, allein nirgends ist im gemeinen Rechte von diesem Standpunkte eine Verschiedenheit zum Hochverrathe nachzuweisen.

Nur muß schon hier im Allgemeinen bemerkt werden, daß

die Bezeichnung des Gegenstandes dieses Verbrechens nicht geeignet ist, dessen allseitige Strafwürdigkeit zu normiren; denn die Natur der verbrecherischen Handlungen in Beziehung auf den unter Nr. 1, 2, 3 angegebenen Gegenstand des Hochverraths ist immer noch so mannichfaltig, daß man in der Strafausmessung unmöglich alle Fälle gleich halten kann, und daher könnte es aus solcher graduellen Verschiedenheit räthlich seyn, diejenigen Verbrechen dieser Gattung, welche keine bedeutende Strafe nach sich ziehen, als landesverrätherisch oder staatsgefährlich im Gegensatze zum Hochverrathe darzustellen, was nach gemeinem Rechte jedem Richter unbenommen bleibt, da der Ausdruck „Hochverrath" auf keine Weise eine ausschließende Bedeutung in Anspruch nehmen kann. Ja durch den allgemeinen Gebrauch des so hart lautenden Ausdrucks „Hochverrath" ist mancher Gesetzgeber und Praktiker dahin gebracht worden, zu vergessen, daß die Juristen unter den strengen römischen Imperatoren gelehrt haben, wie in manchen Fällen das Majestätsverbrechen nur eine geringere Nichtkapitalstrafe zur Folge haben könne [1]).

§. 14.

Absicht.

Der verbrecherische Zweck ist hier von großer Bedeutung; der animus *hostilis* bezeichnet zwar scharf, aber dennoch kömmt Alles auf den konkreten Plan an. Es kann Jemand eine sehr feindselige Stimmung gegen eine bestimmte Verfassung haben, und diese laut werden lassen, sogar Anderen seine Stimmung mitzutheilen suchen; wenn er aber dabei ernstlich und ehrlich dahin sich verwahrt, daß er mehr nicht bezwecke, als wissenschaftliche Prüfung und Ueberzeugung, und wenn Nichts von seiner Seite vorgefallen ist, woraus eine unlautere, weitergreifende Bestrebung beweislich zu machen ist, so wird man noch nicht von

---

[1]) L. 24. D. 48. 19. Uebrigens sieht man auch aus dem Art. 124 der Carolina, daß von „großem Schaden und Aergerniß" etwas abhängen sollte, folglich Unternehmungen, wobei weder ärgerliche Auftritte, noch weniger Schaden zu erwarten waren, gar nicht unter dem Standpunkte des Hochverraths gebracht werden können, wovon weiter unten.

hochverrätherischer Absicht, wenn auch gewiß von feindlicher Stimmung sprechen können. Dagegen kömmt es auf Plan und Mittel nicht an, d. h. deren selbst lächerliche und durchaus unzureichende Gestalt hebet die verbrecherische Gesinnung nicht auf, wenn nur einmal die Gränze unbefangener wissenschaftlicher Behandlung überschritten ist. Ebenso kann Jemand im Amte von nothwendigen Veränderungen, von Maßregeln, die nach seiner Meinung im Wege der Nachgiebigkeit gegen einen innern oder äußern Andrang genommen werden müssen, sprechen, ohne einer untreuen Gesinnung beschuldigt werden zu können, wenn nur in der That ihm nicht fremdartige Rücksichten vorzuwerfen sind. Endlich, wenn bei der Kollision von Interessen zweier Staaten Jemand das Recht des fremden Staats nach seiner Ueberzeugung hervorhebt, ohne jedoch eine Prävarikation zu üben, ist die hochverrätherische Gesinnung nicht vorhanden.

§. 15.

Handlung.

Hiernach ist dann weiter zu beachten, daß, wenn selbst die Unlauterkeit des Zwecks für sich hervortritt, doch sehr viel auf das Verhältniß des gebrauchten Mittels ankömmt, d. h. auf die Handlungsweise des Verbrechers. Hier ist:

a. eine Pflichtverletzung im Allgemeinen vorauszusetzen. Ob der Verbrecher Staatsdiener, Unterthan und Bürger, oder Schutzgenosse und bloßer Einwohner, ja im Staate sich aufhaltender Fremder sey, darauf kömmt es nicht an, sondern nur, daß er etwas thue, was seinen politischen Pflichten zuwider ist, die im Allgemeinen dahin gehen, dem Staate nicht zu schaden, dessen Schutz er genießt.

b. Wieweit er in der wirklichen Pflichtverletzung vorschreite, darauf kömmt es wieder nicht an, denn es hängt hier überall nicht von einem wirklichen Schaden, sondern alles nur von der geäußerten Absicht zu schaden ab. Jedoch ist ein Unterschied darin zu machen, daß, wenn Jemand in einem vermeintlichen oder wirklichen Interesse Anderen einen Wunsch mittheilt, welcher dem Staatsinteresse zuwider ist, und welchen Jener daher öffentlich nicht aussprechen durfte, ein Verbrechen nicht vorhanden

ist, denn bloße Wünsche sind Seifenblasen; daß dagegen, wenn Jemand den Wunsch einem Andern laut werden läßt, um seine Gesinnung auszuforschen, ihn sich gleichgestimmt zu machen, und einen Faden zu Schritten anzuknüpfen, welche ohne Verletzung der politischen Treue nicht geschehen können, das Verbrechen vorliegt. Daher

c. gewöhnlich Alles darauf hinausgeht, welche Handlung vorgenommen ist, denn nur dadurch tritt die verrätherische Gesinnung in juristischer Gestalt hervor. Ob die Handlung einen Erfolg haben kann oder nicht, ist nur hinsichtlich der Strafausmessung von Bedeutung, denn staatsgefährlich an sich ist jedes Hervortreten eines **animus hostilis**; aber davon hängt es ab, ob ein Plan, sey er auch noch so kurzsichtig, also eine Prämeditation in der Handlung erkennbar ist. Würde dieser Plan auch nur als Geheimniß einem Andern eröffnet, so ist das Verbrechen schon begangen. Aber deßhalb ist nicht zum Verbrechen wesentlich, daß ein Anderer hereingezogen sey, d. h. es gehört nicht nothwendig eine Verbindung Mehrerer zu diesem Verbrechen, sondern es kann Einer allein einen hochverrätherischen Plan verfolgen, z. B. schon durch Spionirung, oder durch Unterstützung des Unternehmens eines Andern, welches selbst kein Hochverrath ist, in hochverrätherischer Absicht.

§. 16.

Von der Verschiedenartigkeit der nach der bisherigen Ausführung strafbaren Handlungen.

A. Nach dem Plane.

Man kann hier einen großen Unterschied finden zwischen jenen Unternehmungen, welche eine neue Ordnung der Dinge wenigstens in einem Fundamentalpunkte der Staatsverfassung bezwecken, und zwischen solchen Vorhaben, wo nur einzelne Interessen des Staats verletzt werden. In monarchischen Staaten muß man jeden Angriff auf die physische Person des Fürsten in politischer Absicht zu den Unternehmen der ersten Klasse rechnen. Aus dieser Ansicht folgt zweierlei:

a. Daß nicht die konkrete Strafwürdigkeit den angeregten Unterschied bildet, denn es ist möglich, daß ein höchst lächerlicher

und von der Ausführung weit entfernter Plan, wenn auch in ausschweifendster Gestalt gering gestraft wird, während der Verrath eines, ein einzelnes Staatsinteresse betreffenden Geheimnisses von einem Staatsdiener viel härter zu ahnden ist.

b. Daß folglich, wenn man auf das Wort Hoch im Verrath eine besondere Bedeutung legt, man nicht übersehen muß, daß nach dem Begriff diese in der Art des Planes, nach der praktischen Erscheinung aber oft in der größeren Strafwürdigkeit der That gefunden wird [1]).

Nach unserer Ansicht von hochverrätherischen Planen finden wir dieß Verbrechen in folgenden Richtungen:

α) Bei einem Angriffe auf den Fürsten, und zwar unbedingt bei einem Angriffe auf sein Leben, aber auch sonst in politischer Absicht.

β) Bei dem Bestreben der Umwerfung des Staats in seiner konkreten Verfassung überhaupt, oder in der Abänderung einzelner Punkte im ungesetzlichen Wege insbesondere. Ungesetzlich ist jeder Weg, der nicht in der Verfassung selbst angedeutet und nicht rein wissenschaftlich ist.

γ) Bei dem Bestreben, den Staat oder einzelne Theile desselben einer fremden Macht zu unterwerfen.

Andere Unternehmungen und Plane, welche nicht die Verletzung der Integrität des Hauptes und Körpers, sondern nur die verrätherische Beeinträchtigung in einzelnen Rechten und Gütern betreffen, gehören zu den übrigen Staats- oder landesverrätherischen Handlungen. In concreto werden manchmal auch bei dieser an einem immerhin festen Unterscheidungsmerkmale kennbaren Abtheilung Zweifel bleiben, und Einige, z. B. Martin, halten daher nicht ganz mit Unrecht die Unterscheidung selbst nicht für gemeinrechtlich; allein einerseits sind solche Punkte der Wissenschaft frei; andererseits hängt bei einer Gattung von Verbrechen, wenn nicht die praktische Strafwürdigkeit eingreift, von der Benennung der species nicht einmal Vieles in der

---

[1]) Insoweit ist jeder Ausdruck, welcher einen Gegensatz zum Hochverrathe ausdrücken sollte, bis hieher in einer schwankenden Bedeutung gebraucht worden, z. B. landesverrätherische, staatsgefährliche Unternehmungen.

Rechtsanwendung ab. Noch ist anzuführen, daß in der Monarchie die Rechte der Regentenfamilie auf den Staat und seinen Umfang von den Rechten des Staats selbst nicht zu trennen sind, und daher die Rechte der erstern Art nicht etwa als singuläre Interessen aufgefaßt werden dürfen.

B. Nach dem Fortgange der Handlung (Versuch).

Dieselbe kann sich auf die mannichfaltigste Art äußern, durch Reden, Schriften, durch geheimen Rath und Unterricht, durch Bildung von Vereinen, durch Werbung von Leuten, um zu einer wenn auch diesen ganz unbekannten Unternehmung bereit zu seyn, durch Angriffe auf den Fürsten oder gewisse andere Personen, namentlich Hof- und Staatsbeamten [1]), durch Abpressung von Befehlen und Anordnungen, und auf andere Art. Der Plan in concreto muß zeigen, wie weit die Handlung gehen sollte, wobei es auf den Erfolg gar nicht ankömmt [2]); dann aber kann man leicht finden, ob die Handlung vollführt ist (perfectum im bekannten Sinne) oder wie weit sie gediehen ist, und namentlich ob man von einem nahen oder entfernten Versuch, zu welchem leztern die sogenannten Vorbereitungshandlungen gehören, sprechen kann [3]). In der neuesten Zeit hat man hier hauptsächlich, den richtigen Standpunkt der Strafwürdigkeit verkennend, behaupten wollen, der Versuch sey nicht als Hochverrath selbst anzusehen, sondern wie überall als ein leichter zu bestrafendes Delikt; allein

---

[1]) Die bekannte Frage über die quasi perduellio oder perduellio obliqua bedarf jezt keiner Erörterung mehr.

[2]) Von einer andern Ansicht geht der neue badische Entwurf aus, welcher öffentliche Reden oder öffentlich verbreitete Schriften gering achtet, wenn der Erfolg ausgeblieben ist. Art. 502, er hält die Strafwürdigkeit für nicht größer, als die des Unbetheiligten, der die Anzeige unterläßt! 503.

[3]) Der Art. 132 des neuen württembergischen Entwurfs beweist, daß man sich hüten soll, neue Terminologien ohne Ursache zu bilden; derselbe scheint ein eigenes Verbrechen unter dem Namen „Vorbereitung zum Hochverrath“ aufzustellen, was nur als gewöhnlicher Versuch, wie bei jedem Verbrechen, erscheint, was auch die dritte Position des gedachten Artikels anzeigt. Wir würden nicht die Worte hier tadeln, wenn nicht derselbe Entwurf in den Artikeln 56, 57 die bekannte Ansicht recipirt hätte, eine bloße Vorbereitung sey kein Versuch.

da der Hochverrath nicht in allen Fällen gleich bestraft werden kann und soll, so war diese Argumentation nur insoferne nützlich, als man nicht jeden hochverrätherischen Versuch für todeswürdig erkannte. Aber keineswegs kann man so weit gehen zu behaupten, der Versuch sey hier überhaupt nicht todeswürdig, denn es hängt lediglich davon ab, wie die Handlung sich darstellt, d. h. wie der Plan gemacht und inwieweit man in der Ausführung desselben vorgerückt ist. Ein sehr gefährlicher Plan, wenn auch die Ausführung gar nicht weit gediehen, oder vielmehr jeder Erfolg verfehlt ist, geht z. B. auf die Ermordung des Fürsten, wo, wenn der vollkommen dazu Determinirte und hinsichtlich der Gelegenheit der Ausführung durchaus Vorbereitete, auf irgend eine Weise abgehalten wird, und daher die Haupthandlung nicht angefangen hat, die That nach Umständen todeswürdig seyn kann. Also läßt sich hier in abstracto gar wenig festsetzen, sondern man muß im Allgemeinen bei der alten Regel bleiben, d. h. der in Bewegung gesezte aber noch nicht vollführte Plan ist Hochverrath, weil dieß dem Begriffe von Verrath (Treulosigkeit) an sich entspricht, und dieser so zu sagen mit der ersten Vorbereitungshandlung vollendet ist, weil sofort von jeher diese Ansicht in der Doktrin und Praxis feststand, auch der goldenen Bulle gemäß ist, nicht minder durch die Natur des Verbrechens auch von der objektiven Seite sich rechtfertigt, da die Strafe bei der Vollendung in abstracto unmöglich ist, und endlich, weil da die Größe der Strafe vom Schaden und Aergerniß abhängt, ohnedieß die leichteren Fälle des Versuches ihre strafrechtliche Bestimmung nach Gesetz und Billigkeit dadurch gewinnen.

C. Nach den zusammenwirkenden Kräften (Theilnahme).

Unter den drei möglichen Richtungen der Theilnahme, nämlich der sogenannten negativen, ferner der positiv einfachen und des Komplotts oder der Verschwörung ist die leztere bei diesem Verbrechen vorzüglich gewöhnlich, und aus ihr gehen wieder die Plane der durch eine Masse verübten Gewaltthat hervor, die man im allgemeinen Aufruhr nennt, so daß von diesen beiden Beziehungen speziell zu handeln ist. Die einfache positive Theilnahme erscheint fast nur im Verhältnisse der intellektuellen Einwirkung zur Ausführung, wobei, wenn der Ausführende in die

Plane des Determinirenden nicht eingeweiht ist, sondern etwa bloß zu einem einzelnen Unternehmen gedungen wurde, diesem auch nur das zugerechnet werden kann, was er gethan hat. Der Gesichtspunkt ist deßhalb nicht unwichtig, weil die Vervollkommnung des gemeinen Strafrechts immer mehr dahin gehen muß, die Strafabstufung nach den konkreten Verhältnissen zu normiren, und der juristischen Rechtfertigung wegen wieder solche konkrete Verhältnisse wissenschaftlich zu allgemeinen Richtungspunkten zu erheben. Nie sollte man die Frage so aufwerfen: ist der intellektuelle Urheber oder der Thäter im Allgemeinen strafbarer? sondern immer bei den einzelnen Gattungen der Verbrechen aus den Planen des einen und der That des andern die größere und geringere Schuld abmessen. Was endlich die sogenannte negative Theilnahme angeht, so gehören hieher die vorsätzliche Unterlassung der Verhinderung des Hochverraths, und die bedächtliche Unterlassung der Anzeige eines solchen Verbrechens. In beiden Beziehungen liegt das Wesen der Mitwissenschaft (conscius) im Gegensatze der wirklichen oder positiven Antheilnahme. Allerdings kann man in der Regel in der bloßen Mitwissenschaft keine Theilnahme am Verbrechen finden, theils weil an sich zum Verbrechen mehr gehört als eine arge Gesinnung, theils weil bei den meisten Verbrechen aus der Mitwissenschaft noch nicht einmal eine arge Gesinnung folgt. Allein bei dem Hochverrathe stellt sich die Sache anders. Jeder Staatsangehörige, das Wort im weitesten Sinne genommen, d. h. auch auf denjenigen bezogen, welcher nur im temporären Aufenthalte und Schutze steht, ist schuldig, seine Treue als Gegenprästation zum Schutz soweit zu bethätigen, daß er Dasjenige abwendet, was die Schutzgewalt selbst zerstören könnte. Ohne diese Annahme müßte die Staatsgewalt ihrer Selbsterhaltung wegen auf ein despotisches Regiment verfallen, während eine edle Regierung in dem Vertrauen auf ihre Unterthanen die wahre Milde der Regierung, und die bürgerliche Freiheit begründet. Nur kömmt bei dieser Art der hochverrätherischen Schuld sehr Vieles auf die Gesinnung des Angeschuldigten an. Der dolus, bei jeder Richtung eines Verbrechens eigenthümlich, bestimmt im Allgemeinen die juristische Schuld und insbesondere die Größe derselben. Nicht Jeder, der hier lässig ist, wird ein Hochverräther

seyn, aber es kann Jedem ohne Unterschied, d. h. ohne Untersuchung der Ursache seiner Vernachläßigung, eine eigene Strafe angedroht werden. Beide Punkte — die eigentliche Theilnahme, und die bloße Vernachlässigung eines Staatsgebots sollten aber wohl unterschieden, und nicht, wie gewöhnlich geschieht, untereinander geworfen werden; denn gemeinrechtlich ist doch wohl nur die eigentliche negative Theilnahme peinlich strafbar, doch sezt dieselbe nicht den verrätherischen animus (hostilem animum), nothwendig voraus, sondern es genügt die Kenntniß des verbrecherischen Plans und Vorhabens (scientia). Dieß sieht man am besten aus den Worten sciens und non ignorans in l. 40 D. de poenis. Wenn dagegen Jemand die Anzeige unterläßt, weil man ihn glauben macht, der Plan sey eine den Staatsbürgern erlaubte Unternehmung, die man nur der Vexationen wegen geheim halten müsse, wie dieß nach gewissen politischen Theorien möglich ist, namentlich wenn der in die Irre Geführte wie gewöhnlich den eigentlichen Zweck und Fortgang der Unternehmung nicht kennt, sondern nur im Allgemeinen von sogenannten patriotischen Bestrebungen weiß, so kann man einen Solchen, welcher einen aus falschen faktischen und juristischen Prämissen entstandenen Irrthum für sich anführt, als Verbrecher nicht ansehen, wenn er auch eine polizeiliche Rüge verdient hätte [1]).

Bei der Theilnahme am Hochverrathe ist endlich noch Folgendes zu bemerken: Der Reue eines Theilnehmers muß aus juristischen und politischen Gründen eine besondere rechtliche Wirkung gegeben werden, denn wenn einestheils die kaum hervorgetretene Gesinnung von der Strenge des Gesetzes ergriffen wird, so muß die günstige Besinnung wieder die mildernde Richtung des Rechts erfahren, damit in Wahrheit Gerechtigkeit sey; ja politische Betrachtungen können den Rücktritt, wenn Jemand seine volle Bürgerpflicht erfüllt, d. h. anzeigt oder verhindert, die Aufhebung aller Strafe sichern, wie dieß im römischen Rechte auch besonders ausgesprochen ist [2]). Rein politisch ist die Ansicht,

---

[1]) Der Art. 133 des württembergischen Entwurfs ist daher viel zu unbestimmt, d. h. er hebt die Einwirkung des gemeinen Rechts nicht auf; aber es liegt ein wesentlicher Mißgriff dabei vor, wie weiter unten entwickelt werden wird.

[2]) L. 5. §. 7. Cod. 9, 8. Die Neueren gebrauchen hier den Ausdruck

wornach man sogar noch eine Belohnung für solche Fälle aussezt. Natürlich muß Rücktritt und Erfüllung der angegebenen Pflicht erfolgen, bevor der Staat durch eigene Wissenschaft und Mittel der Unternehmung zuvorgekommen ist, oder wenigstens der Verbrecher davon Nachricht hatte. Die leztere Rücksicht anzunehmen, entspricht dem Rechtsgefühle, denn wenn die Reue auch nicht soweit thätig ist, um die Gefahr abzuwenden, so ist sie doch überhaupt thätig, und daß die Wirkung nicht größer sey, liegt außer dem Bereich der Kräfte des Reuenden. Dagegen muß derselbe wahrscheinlich machen [1]), daß er aus sich heraus, d. h. ohne Vorwissen der Kenntniß und Wirksamkeit des Staats, zu den dienlichen Schritten bewogen worden sey.

II. Von andern staatsgefährlichen und landesverrätherischen Handlungen.

§. 17.

Begriff.

Das römische **crimen majestatis** sowohl wie das deutsche Verbrechen der Verrätherei gehen objektiv weiter, als bis hieher dargestellt worden, und zwar:

a. Das **crimen majestatis** umfaßt alle **injuriae in rempublicam**, die nicht wegen ihres besondern Zweckes eine besondere Bedeutung haben, die nämlich, nicht wegen des bloßen **animus** der Eigenmacht zur **vis**, oder wegen des bloßen **animus** *lucri* zum **peculatus**, oder wegen spezieller Pflichtwidrigkeiten der **magistratus** zu den **repetundarum, ambitus et residui crimen** gehören.

b. Die Verrätherei geht sogar auf alle Interessen im Leben, wobei ein **vinculum fidelitatis** juristisch begründet ist.

Aus diesem doppelten Standpunkte sind daher Treulosigkeiten aller Art gegen das Staatsinteresse, vorausgesezt, daß die Pflicht zur Treue juristisch begründet ist, hieher zu stellen, besonders

---

thätige Reue und die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe sind auf diesen Gedanken, wie es zu erwarten war, eingegangen.

[1]) Hiefür dient schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen der Indicienbeweis.

wenn es sich nicht um bloße Eigenmacht gegen die Verwaltung oder um Entziehung von gemeinen Rechten, deren Schutz dem Staate wie dem Privatmann gewährt wird, und von speziellen Verbrechen der Staatsdiener handelt. In dieser eigenthümlichen Richtung besonderer Staatsrechte auf Treue und deren Anerkennung durch Verhütung jedes Schadens und Abwendung jeder Gefahr ist Zweierlei nicht zu übersehen, wie folgt.

§. 18.

Gegensatz zum Hochverrath (Objekt und daraus hervorgehende Eigenschaft des Verbrechers).

1) Daß der Staat diese Anerkennung nicht als Erhaltungsrecht, d. h. als Nothrecht im strengen Sinne verlangen kann, indem ja nicht von seiner Integrität in casu substrato die Rede ist, sondern nur von dem Schutze einzelner nicht so wesentlicher Interessen. Wenn überhaupt diese Verbrechen nicht auf dem jus gentium in der Art zu begründen sind, daß die Handlung natura turpe ist, wie der Mord, Incest, Diebstahl u. s. w., sondern wenn sie voraussetzen, daß der Verbrecher als Angreifer gegen einen bestimmten Staat sich benehme, oder daß er eine besondere Treue, zu welcher er verbunden ist, verletze; so versteht sich, daß der Ausländer im Ausland gegen einen fremden Staat nicht sündigt, es wäre denn, daß er völkerrechtswidrig handelte [1]), sofort versteht sich nicht minder, daß wenn der Ausländer im Inlande auch schuldig ist, den Staat nicht anzugreifen, dessen Schutz er genießt, dennoch diejenige Treue von ihm nicht gefordert werden kann, welche dem Staatsangehörigen im engern Sinne aufliegt. Es wird daher bei den Verletzungen einzelner

---

[1]) Wenn Tittmann in seinen Werken die Ansicht aufgestellt hat, die Verbrechen auf Mord, Diebstahl, seyen strenger anzusehen, als die Delikte gegen den Staat, weil dort natürliche Rechte, hier durch den Staatsvertrag erst begründete, verlezt würden, so ist diese Ansicht insoweit unrichtig, als die Ansicht vom Staatsvertrag schwerlich allgemeine Anerkennung finden kann, vielmehr das Recht des Staats auf seine Erhaltung so ursprünglich und heilig ist, wie das Recht des Menschen auf sein Leben; allein das ist wahr, daß Verbrechen, wie Mord und Diebstahl, eine absolute Bedeutung haben, während Verbrechen gegen den Staat auf besondern Verpflichtungen gewisser Subjekte beruhen.

Interessen des Staats vor Allem zu beurtheilen seyn, ob ein Inländer oder Ausländer der Angeschuldigte ist, und wie sich die Verletzung zur Pflicht verhält, z. B. wenn ein Franzose, der sich im Großherzogthum Baden aufhält, bemüht ist, Staatsurkunden zu erhalten, um dem badischen Interesse gegenüber das französische zu begünstigen, so wird man dieses keinen Verrath nennen können, abgesehen von den polizeilichen Maßregeln, die der badische Staat gegen einen Solchen zu ergreifen berechtigt ist. Zu der Pflicht, jedes Interesse des Staats ungefährdet zu erhalten, und der alten Lehenstreue entsprechend nichts zu verrathen, ist nur der Landesunterthan vollkommen verpflichtet, und schon in dieser Beziehung ist es wichtig, solche Verbrechen von den hochverrätherischen, des Staates Integrität angreifenden, zu unterscheiden. Im Uebrigen erklären wir dadurch den **subditus temporarius** nicht für durchaus frei, sondern es kömmt darauf an, unter welchen Bedingungen nach den Landesgesetzen oder besondern Bewilligungen ihm der Aufenthalt im Lande gestattet ist, und ob er hiernach im Allgemeinen einer Pflichtverletzung beschuldigt werden kann.

§. 19.

Uebereinstimmung mit dem Hochverrath (verrätherische Absicht).

2) Daß die Natur des Verbrechens in einer Treulosigkeit besteht, die den Staat wenigstens in einzelnen Interessen beschädigt oder gefährdet. Das Verbrechen wird daher begangen an einem öffentlichen Rechte [1]), an dessen Beeinträchtigung der Unterthan oder Staatsdiener untreulich Theil nimmt, ferner durch Beschädigung (**damnum datum**), welche der Unterthan oder Staatsdiener untreulich in öffentlichen Rechtsverhältnissen bewirkt oder beabsichtigt [2]); und vorausgesezt, daß nicht die Merkmale des Hochverraths vorhanden sind. Die gewöhnlich aufgeführten Beispiele [3]) können ihrer Natur nach nicht erschöpfend

---

[1]) Privatrechte werden dem Staate wie den Privaten geschüzt, daher kann über Domänenrechte und Gefälle der Unterthan dieß Verbrechen nicht begehen.

[2]) Daß ein Schaden wirklich entstanden sey, ist nicht essentiale.

[3]) Württembergischer Entwurf Art. 135.

seyn, aber es bedarf deren nicht, wenn der Grundsatz richtig gefunden ist. Gewöhnlich führt man als hieher gehörend an das Dienstleisten an einen fremden Staat zum Nachtheil des einheimischen, das Ueberlassen von Dokumenten oder von Eigenthum anderer Art an den auswärtigen Staat zur Beschädigung des einheimischen, das Spioniren und Unterstützen der Spione, das Prävariciren der Staatsdiener bei Verträgen und andern Verhandlungen, das ungesetzliche Verkehren mit andern Mächten im Frieden und Krieg, soferne es in gefährlicher Absicht für den Staat geschieht; endlich aber gehören auch hieher alle Unternehmungen im Innern gegen den Staat, soweit sie auf ungesetzliche Art bezwecken, die Staatsgewalt in eine unfreie Lage zu versetzen, und sie zu Entschließungen ungünstiger Art auch nur in einzelnen Beziehungen zu bewegen. Die Römer haben hier freilich die Anwendung oder Beabsichtigung von wirklicher Gewalt gegen den Staat verlangt, und es ist gewiß, daß die Angeschuldigten die Ueberzeugung haben mußten, Recht und Pflicht zu überschreiten, oder Mittel zu gebrauchen, welche die Einzelnen dem Staate gegenüber nicht aufbieten dürfen. Unter dieser Beschränkung aber ist gewiß keine Beeinträchtigung der bürgerlichen Freiheit zu finden; und andererseits kann der Staat von seinem Unterthanen verlangen, daß er nur diejenige Opposition sich erlaube, welche ihm durch die Rechtsmittel der Verfassung und des Privatrechts gegeben ist. Jede Erklärung daher an die Staatsbürger, daß ein Nothrechtsfall vorhanden sey, wenn auch keine weitere Aufforderung damit verbunden ist, jedoch vorausgesezt, daß die Darstellung nicht unzweideutig die bloße Richtung einer wissenschaftlichen Untersuchung habe, ist eine staatsgefährliche und die Unterthanentreue verletzende Handlung. Die Römer hätten sie zwar wahrscheinlich zum **crimen de vi publica** gerechnet, aber es ist nicht zu übersehen, daß das **crimen majestatis** in vielen Punkten hart an das **crimen de vi** gränzt, und die Römer sogar die Gränzen geflissentlich ineinanderlaufen ließen; allein nach dem Standpunkte des deutschen Rechts kömmt es in solchen Beziehungen nur darauf an, daß die Handlung überhaupt als strafbar angesehen werden könne, weil die Art und Größe der Strafe in solchen Gränzpunkten durchaus arbiträr ist. Deßhalb werden wir

auch von der Bestrafung aller Verbrechen gegen die Staatspersönlichkeit in einer einzigen zusammenhängenden Darstellung sprechen.

Von den verrätherischen Angriffen auf Verbündete des Staats.

§. 20.

Obgleich wir hier durch Bestimmungen des positiven Rechts nicht bedacht worden sind, so mögen die Grundsätze doch nicht schwer darzustellen seyn, welchen hier zu folgen ist.

1) Trifft das individuelle Interesse des heimischen Staats mit dem verrathenen Interesse des verbündeten Staats zusammen, und hat der Verbrecher dieses gekannt, so ist er der Verrätherei schuldig, selbst wenn es ihm leid thut, daß der heimische Staat dabei leidet; denn es findet hier das Princip des unbestimmten dolus statt, wornach der Verbrecher nicht entschuldigt werden kann. Wenn Jemand bei einem Delicte, welches nach der ihm wohl bekannten Natur der Verhältnisse Mehrere trifft, nur Einen derselben treffen möchte, wer wird wohl behaupten, daß das Verbrechen in seiner vollen Gestalt nicht auch gegen die andern stattgefunden hätte?

2) Außerdem ist wohl so zu unterscheiden:

a) ob die Verbindung der Staaten nur eine Alliance zu einem einzelnen Zwecke oder zu mehrern einzelnen Zwecken ist, oder

b) ob sie eine Verbindung in der Totalität der Staatszwecke ist.

Im ersten Falle, wie z B. bei einer gemeinsamen Kriegsunternehmung hat der Verrath nur insoweit Bedeutung, als die Communion geht, deren Beziehung auf die That dem Verbrecher wohl bekannt ist; im andern Falle, z. B. bei dem deutschen Bunde, ist jede verrätherische Unternehmung gegen den Bund ein Verrath am heimischen Staate selbst.

III. Von der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, namentlich vom Aufruhr.

§. 21.

Begriff.

Im römischen Recht kömmt schon nach der Entstehungsgeschichte der leges, mehr aber noch nach der wissenschaftlichen

Verarbeitung derselben in eine Art von System das Meiste auf den Zweck der verbrecherischen Bestrebung an. Die in den Rechts-Quellen angegebenen einzelnen Handlungen sind daher, wenn auch ursprünglich als steifere Satzung, doch in der Folge mehr in der Richtung der blosen Exemplification aufzufassen. Wohl muß man möglichst die ursprünglichen **verba legis** zu erforschen suchen, aber zu Justinians Zeit war die praktische Bedeutung der in den Worten enthaltenen Casuistik durch den von den Rechtsgelehrten untergelegten Begriff fast ganz untergegangen [1]). Wenn die Widersetzlichkeit gegen die Staatsgewalt in der bis hieher aufgestellten Gesinnung geschieht, so bezweckt sie **diminutionem majestatis**, und es thut Nichts, daß die Widersetzlichkeit auch nur **contra magistratum** erfolgt [2]). Daher hat man allgemein bei uns angenommen, daß die Widersetzlichkeit in hoch- oder landesverrätherischer Absicht als Hoch- und Landesverrath strafbar hervortrete. Und dann ist nur noch einige Rücksicht auf die Verabredung zur gewaltsamen Ausführung (Verschwörung) und auf die Ausführung selbst (Aufruhr) zu nehmen, weil Schaden und Aergerniß aggravirende Umstände in der Bestrafung sind. — Wenn aber die Widersetzlichkeit gegen die Staatsgewalt nicht in der Absicht geschieht, um eine Veränderung in der Staatsordnung herbeizuführen, oder im Interesse der Staatsgewalt bleibend zu kränken, sondern nur um den Privatwillen gegen die Ansicht der Staatsgewalt bei einzelnen Gelegenheiten durchzusetzen, so ist weiter zu unterscheiden:

a) ob dieß der direkte Zweck des Unternehmens ist, oder

---

[1]) Freilich bei einer lex mehr, wie bei der andern. Man vergleiche hier nur die lex julia de vi — und die lex majestatis. Bei der leztern war die ursprüngliche Fassung der Worte noch bedeutend, bei der ersteren ist offenbar eine prinzipgemäße neue Gestaltung vorgegangen.

[2]) Dagegen kann sich auch die nicht hochverrätherische Widersetzlichkeit unmittelbar gegen den Inhaber der Staatsgewalt äußern, wenn ihm die Staatsgewalt selbst nicht bestritten, sondern die bloße Ungerechtigkeit einer Verfügung angegriffen, und keineswegs eine Verletzung des Majestätsrechts beabsichtigt wird. — Unter der Obrigkeit magistratus muß aber immer eine solche Obrigkeit verstanden werden, welche wirklich imperium hat, was auch aus der besonderen Landesverfassung zu beurtheilen ist.

b) ob gegen Privatpersonen und Interessen der Bürger untereinander etwas gewaltsam durchgesezt werden soll, wobei man die intervenirende Staatsgewalt, welche die Sache als eine Bedrohung ihrer selbst noch nicht ansehen kann, gleichsam mittelbar verlezt; denn wenn auch das römische Recht diesen Unterschied nicht aufstellen möchte, sondern in beiden Beziehungen gleichmäßig das **crimen de vi** für begründet hält: so greift der deutsche Unterschied von der eigentlichen Verletzung der Staatsgewalt durch Aufruhr u. s. w. und von der Störung des gemeinen bürgerlichen Friedens und dessen Garantie ein, ein Unterschied, welchen wir für so wichtig halten, daß dieser zweite Richtungspunkt in ein ganz anderes Hauptstück unsers Systems gehört.

Wir beschränken uns also vorerst hier auf die Unternehmungen, welche direkte gegen die Staatsgewalt gerichtet werden, und schließen auch aus alle Mißbräuche der Staatsgewalt selbst gegen die Unterthanen, so wie alle bloßen, wenn gleich thätigen Beleidigungen, die einer Staatsbehörde geschehen, weil diese Punkte anderwärts ihre Erledigung erhalten. Die gesammte Darstellung des **crimen de vi** in der römischen Bedeutung behalten wir zur geschichtlichen Einleitung in das nächste Hauptstück bevor, indem von ihm nur soviel hierher gehört, als sich auf die **seditio** und den **tumultus contra magistratus, eorumque jussiones** bezieht, eine Vorstellung, die nicht einmal in dem ursprünglichen Geiste der **lex**, welche die Gewaltthaten der großen Privatmachthaber gegen einander verhindern wollte, gelegen zu haben scheint, sondern später durch Konstitutionen und Interpretation damit verbunden wurde. Die Widersetzlichkeit ohne **seditio**, wenn sie wirkliche **vis** ist, gegen Obrigkeiten ist aber entweder **crimen majestatis** oder doch wenigstens **de vi publica**. Im Uebrigen ist nicht zu zweifeln, daß Kaiser und Reich ebensowohl, wie die sich hervorbildende deutsche Landesherrlichkeit überall zur Erhaltung der Achtung obrigkeitlicher Befehle auf die römischen Ansichten von der **seditio** und Gewaltthat sich stüzten und bezogen. Schon Karl der Große gebrauchte die Rechte seines **imperii**, wenn auch im Geiste jener Zeit mehr mit dem Schwerte des Kriegers als mit jenem der Gerechtigkeit. Bestimmter traten die Ansichten der römischen Majestätsrechte und der Strafgewalt über die **seditiosi** bei den Kämpfen der deutschen

Kaiser in Italien hervor [1]): und wenn auch für Deutschland im Mittelalter die Grundsätze der lehenherrlichen Strafgewalt neben der physischen Gewalt vielfach ausreichten, wie der Sachsenspiegel zeigt [2]), so kam man doch mit Hervorbildung einer wahrhaft politischen Gewalt in Deutschland gleich in das römische Recht, namentlich in den Cod. IX. 30. wie der Art. 152 der mit dem festesten Takte überall verfahrenden Bambergensis zeigt [3]).

§. 22.

Objekt und Verhältniß zum Hochverrath.

Im Allgemeinen handelt es sich hier von einer solchen Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, welche derselben Gefahr bringend ist. [4]) Die Excesse Einzelner fallen in das bekannte Verbrechen öffentlicher Gewaltthat. In der Richtung des Aufruhrs aber wird die Widersetzlichkeit durch die Zusammenwirkung Mehrerer begangen. Gesezt nun auch, die Zwecke einer solchen Vereinigung könnten nicht gehörig ergründet werden, und man könnte somit den Hochverrath nicht konstatiren, oder gesezt, die Zwecke derselben wären wirklich nur auf Eigenmacht gegen einzelne Befehle gerichtet, so ist doch eine solche Auflehnung dermaßen gefährlich, und in der zweiten Richtung der Fortgang und das Resultat so sehr von selbst zufälligen Ereignissen abhängig, daß die Rechte eine solche Handlung immerhin als ein eigenes, schweres Verbrechen gegen den Staat erklären müssen. Besonders haben die selbst bessern Imperatoren in den trüben Zeiten ihrer Regierung dieses gefühlt, und so sind im Geiste der von der Jurisprudenz schon früher angenommenen Ansicht die paar Konstitutionen gegen den Aufruhr geschrieben, an welche sich das

---

[1]) Heinrich VII. Konstitution vom Jahre 1312.

[2]) Art. 40 des ersten Buches.

[3]) Welche Volksunruhen zur Zeit der Bambergensis vorkamen, führt Martin Lehrb. II. Ausg. §. 237 an; ferner gibt derselbe an, daß auch neben der Carolina in andern Reichsabschieden von der Sache die Rede ist (1526. 1529. 1530. 1555. 1564. 1731.). Der Schwabenspiegel Kap. 201 handelt mehr vom hochverrätherischen Aufruhr.

[4]) Dieß wird gewöhnlich, aber mit Unrecht, nach der Zahl der Renitenten näher bestimmt. Hiedurch unterscheidet sich auch die einfache Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit.

gemeine deutsche Recht anschließt [1]). Der Aufruhr ist somit, auch wenn er nicht hochverrätherisch ist, ein schweres Verbrechen. [2])

§. 23.

Handlung.

Der Aufruhr gehört zu denjenigen Verbrechen, welche nicht ohne Mitwirkung Vieler begangen werden können. Hier ist nun möglich, daß unter den Mehreren eine Verständigung früher stattgefunden hat (Komplott, Verschwörung) oder daß die Aufreizung unmittelbar und auf einen Schlag geschehen ist, oder endlich daß Einzelne im Komplotte stehen, andere diesen ohne besondere Verständigung und Kenntniß des Planes sich anschloßen. Die Meisten setzen nun das Verbrechen im Allgemeinen in die zusammenwirkende Thätigkeit der Mehreren und nennen dieß Aufruhr; allein es ist zu bedenken, daß diese Bedeutung nicht zur Beurtheilung der Schuld der Einzelnen führt; diese ist nämlich durchaus verschieden, je nachdem die Verbrecher die Anregung gegeben haben, was entweder ein Einzelner oder mehrere Verschwörer (Komplotteurs) seyn können, und je nachdem die Verbrecher bloße Theilnehmer der nur im Allgemeinen ihnen bekannten oder vielleicht in dem Zwecke ganz unbekannten Unternehmung sind. So unterscheidet in der That auch das positive gemeine Recht. Paulus **S. R. lib. 5. tit. 22. §. 7.** spricht von den **auctores seditionis et tumultus vel concitatores populi**, und wenn derselbe Paulus in **l. 38. §. 1. D.**

---

[1]) Cod. Theod. 9. 33. Cod. Just. 9. 30. Schilderungen jener Zeit findet man bei Gibbon, Gothofredus u. A.

[2]) Die meisten neuern Schriftsteller haben sich sehr bemüht, den hochverrätherischen Aufruhr und den andern zu unterscheiden: allein weder in jener Zeit, wo die **constitutiones de seditiosis** gegeben wurden, noch in der Zeit der Carolina scheint darauf viel geachtet zu seyn, sondern mehr die Form der Handlung, die gewaltthätige Erscheinung der Masse die verbrecherische Richtung zu geben. So steht der Aufruhr als ein eigenes Verbrechen zwischen dem **crimen majestatis** und **de vi**, wobei Nichts davon abhängt, daß die Römer (natürlich in ihrer guten Zeit) Gewaltthat mehr haßten als Verrath, und die Deutschen eine umgekehrte Ansicht gehabt haben sollen. Nur das ist nicht zu übersehen, daß Nichts entgegensteht, den Aufruhr in wirklich hochverrätherischer Absicht auch als Hochverrath aufzustellen, so wenig als die Theilnahme solcher, welche, die aufrührerischen Plane nicht kennend, mitlaufen, als bloße Gewaltthat zu bestrafen.

48. 19. (eine Stelle aus den S. R.) actores seditionis et tumultus gesagt haben soll, so ist dieß nicht anzuschlagen, weil actor nicht wie dux, sondern nach dem bekannten römischen Sprachgebrauche wie concitator zu nehmen ist [1]). Immerhin ist unter dem actor nicht jeder verstanden, welcher sich bei einem Aufstande vordrängt, so daß er die Menge nach sich zieht, denn dieß ist ein dux seditiosorum im engern Sinne, sondern der actor muß Kenntniß von dem Unternehmen selbst haben, welches er entweder angestiftet hat, oder nachdem es angestiftet ist, unterhält. Zu leugnen ist zwar schon nach allgemeinen Ansichten nicht, daß derjenige, der den von einem Andern entworfenen Plan zur Ausführung übernimmt, actor, wenn er auch nicht Urheber im eigentlichen Sinne, erste causa ist, in der Strafwürdigkeit gleich zu achten ist; aber ein solcher actor ist doch immer noch verschieden von dem durch die Masse oder durch sich selbst nach entstandenem Aufruhre vorangedrängten Führer. Jedenfalls bedeutet also actor nicht jeden dux, sondern nur einen solchen dux, welcher zugleich mehr oder minder die Eigenschaft eines auctor hat [2]). Der dux, der nicht auctor ist, wird als gefährlicher Theilnehmer angesehen [3]), im Uebrigen ganz in concreto seine Schuld im Verhältnisse zu den andern Theilnehmern abzumessen seyn. Dabei ist am wichtigsten, daß, wie in dem Falle eines Rauflhandels, wo auch eine turba vorkömmt, nicht der Standpunkt des Complotts entscheidet, sondern vielmehr jeder Einzelne für sich beurtheilt wird, indem schon in der objektiven Erscheinung der vis coactis hominibus die höhere Strafbarkeit der Handlung liegt. Wenn aber

---

[1]) Mit Recht sagt Facciolati, daß das agere nicht bloß ein facere bedeute, sondern zugleich ein geistiges und sprachliches Wirken (wie πραττειν). Zwar trifft dieß auch bei dem dux ein; allein beim Worte actor ist die Verbindung seditionis et tumultus zu bemerken, wo das Regierte nicht die aufgeregte Menge, sondern das factum der Aufregung ist. Mit uns stimmt auch überein Scheller in spezieller Erklärung unserer Stelle. Wenn auctor actorque nebeneinander, wie bei Nepos in Attic. 3., stehen, dann bedeuten die Worte die geistige Anregung und die darauf folgende Ausführung.

[2]) Mein Lehrbuch des Kriminalrechts S. 247.

[3]) So ist auch der Reichsabschied von 1526, §. 8 aufzufassen, welcher neben dem Urheber noch von den vorzüglichen Beförderern des Aufruhrs spricht — ein an sich sehr unbestimmter und nur durch das richterliche arbitrium bestimmbarer Ausdruck.

unter einzelnen Theilnehmern eine Verschwörung nachzuweisen ist, so muß der Plan der Verschwörung aufgesucht werden, und auf den Umfang von diesem Plane sind alle Complotteurs verantwortlich, und versteht sich, wenn Alles ausgeführt ist, nach dem Stande des vollendeten Verbrechens außerdem insoweit, als etwas nicht ausgeführt ist, nach dem Standpunkte des versuchten Verbrechens. Inwieweit für Handlungen, die nicht im Plane liegen, dieselben verantwortlich seyen, ist wieder bloß nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

§. 24.

Richtige Benennung der Handlung und eigenthümliches Verhältniß der Theilnahme.

Damit können wir die Controverse übergehen, was denn eigentlich Aufruhr bedeute, ob das Verbrechen der **auctores et actores** oder auch das Verbrechen jedes Einzelnen aus der Menge. Daß nämlich die Karolina unter dem „Aufruhr des Volks mache“ den **actor et auctor** meint, ist schon durch den Gegensatz des Subjekts zum aufgeregten Volk zu erkennen, ferner durch den besondern Beisatz „und das also auf ihn erfunden würde“, was klar ausdrückt, daß Untersuchung und Beweisführung zum Zwecke der Aufruhrstrafe nur auf den **concitator** geht, welcher Ausdruck auch an die gleichbedeutende Worte der Bambergensis trat „und der ein Ursacher erfunden wird“ welche Worte eine buchstäbliche Uebersetzung des **auctor seditionis** sind, womit endlich auch Gobler, der ausdrücklich **concitat** übersezt, und Remus, der die Worte **excitat commovet** in seiner paraphrasirenden Manier gebraucht, übereinkommen. Endlich wird auch in der Strafsatzung selbst noch einmal von dem gesprochen, der den Aufruhr erweckt. Diesem Allen treten auch politische Gründe genug bei, die Verführer von den Verführten zu unterscheiden, und endlich wollte die Carolina die Strafbarkeit der lezteren nicht ausschließen, sondern verwies in der Beurtheilung der eigentlichen Aufrührer sogar, wie vielmehr der Anderen an das feinere Urtheil der Rechtsverständigen. Bei dieser Erklärung handelt es sich dann mehr um einen Wortstreit, wenn man den Worten „Aufruhr und Aufstand“ die Bedeutung geben will, daß das erste Wort die **concitatio** im aktiven, das andere Wort die **concitatio** im passiven Sinne bezeichne, da wohl auch sonst

Worte in der Jurisprudenz sowohl das aktive als passive Verhältniß zugleich ausdrücken; aber praktisch wichtig ist die Unterscheidung der auctores und actores, worunter wir immer die mit dem Plane bekannten Anführer, und nicht die bloßen Vorschreier und Vorläufer verstehen — und der übrigen Theilnehmer.

§. 25.

Eigenthümliche Erscheinung der Handlung in dem bloßen Versuche.

Aber nach dieser Darstellung verdient in mehrfacher Hinsicht, eine besondere Beurtheilung das Verhältniß derjenigen, welche eine Aufregung des Volks versuchen. Soferne eine hochverrätherische Absicht zu Grunde liegt, d. h. die fürstliche Person oder die Verfassung unmittelbar angegriffen, oder das Land an eine andere Macht durch gewaltsame Aufregung übergeben werden soll, bedarf die Sache keiner Erwähnung. Allein in den bei weiten meisten Fällen einer unruhigen Zeit tritt eine solche bestimmte Absicht nicht hervor; sondern der allgemeine Plan, thätige Unruhen herbeizuführen, um dann nach den Umständen weiter zu verfahren. Verschiedene Mittel werden hiezu in Bewegung gesezt, namentlich mündliche Reden an eine gelegentlich versammelte Menge gehalten, Broschüren verbreitet, die Rechte der Menschen und der Völker entwickelt, das Unrecht, mit welchem die Regierung verfährt, dargestellt, die Pflichten eines Patriotен geschildert u. s. w. Emissäre verarbeiten diese Gedanken in kleinen Kreisen, Gelegenheiten werden ergriffen, daß das Volk in einer großen Masse sich selbst, wie in einem Spiegel, sehe und bewundere. Und was hier die Schilderung des Großartigen in Zweck und Erscheinung hat, kann auch in kleinerm Maßstabe hervortreten, z. B. um ein Dorf gegen eine Amtsmaßregel aufzuregen, um die Handwerksgesellen in der Erhaltung ihrer angeblichen Freiheiten, z. B. des blauen Montags, zu bestärken.

Wenn nun Jemand auf solchen unlautern Wegen betroffen wird, was gewöhnlich schon daraus hervorgeht, daß er die Sache mit nicht geöffnetem Visir oder sonst das Licht der Welt scheuend, betreibt, und kein Zweifel ist an seinem Vorhaben, eine thätliche Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit zu bewirken, wenn es auch an einem weitern bestimmten Plane fehlte, so

erscheint uns eine solche Handlung nach den allgemeinen Grundsätzen von Versuch strafbar [1]), aber hier als ein *delictum sui generis* [2]). Es kann nämlich

a) eine bestimmte Gefahr für den Staat noch nicht vorhanden seyn, weil die Wirkung auf die Verbindung einer Menschenmasse noch nicht sich gezeigt hat. Hier ist aber dann zu untersuchen, ob eine solche Wirkung überhaupt nicht wohl möglich ist, theils wegen des ungereimten Ansinnens selbst, theils weil es am Zündungsstoffe fehlt: dann ist die Unternehmung als ein Hirngespinnst zu verachten und höchstens mit polizeilicher Rüge zu behandeln; oder ob die Gefahr nicht leer ist, und dann ist das Verbrechen begründet. Was jedoch

b) die Handlung selbst betrifft, so kann dieselbe auf eine so mannigfaltige Art hervortreten und ihr Verhältniß zu einem gefährlichen Resultate so verschieden seyn, daß dem Richter die Beurtheilung frei gegeben werden muß. Gewöhnlich ist die Absicht selbst noch unbestimmt, und dieser Punkt führt wieder auf die Untersuchung, ob die Absicht so substantiirt ist, daß sich ein wirklicher focus bilden konnte, oder ob die Absicht bloß auf eine Zurichtung der Gemüthrr in halbwissenschaftlicher, halb revolutiorender Aufforderung geht, oder endlich ob in der That Unverstand in wahrhaft wissenschaftlicher Bestrebung sich losläßt. Nur in den beiden ersten Richtungen ist die Handlung strafbar, natürlich in der zweiten immer bloß als entfernter Versuch, und unter der Voraussetzung einer wirklichen Gefahr (ad a). Ist dagegen die Absicht bestimmt, d. h. die aufzuregende Masse in einer bestimmten Landschaft, Stadt, Dorf auserseyen und die Einwirkung bestimmt genug darauf gerichtet, dann ist ein naher Versuch vorhanden, und wenn die Masse wirklich vereinigt ist, und ihre Absicht ausgesprochen hat (geschehe dieß auf welche Weise es wolle [3]), so ist nicht mehr vom Versuche die Rede, sondern das Verbrechen des Aufruhrs selbst begangen.

---

[1]) D. h. die Strafrechtfertigung liegt im Art. 178 der Carolina.

[2]) D. h. nicht wie bei dem Hochverrath als das Verbrechen des Hochverraths selbst.

[3]) Diese Sache läßt sich schwerlich durch eine andere Regel entscheiden, als wenn das Gesetz ein Zeichen aufstellt, an welchem die Absicht formell erkannt wird. Wir bezweifeln, daß dieß im gemeinen Rechte irgendwo geschehen, namentlich in der l. 2. Cod. de sedit.

Von der juristischen Beurtheilung vereinigter Privatkräfte gegen die Staatsgewalt überhaupt.

§. 26.

Die vis von Seite eines Einzelnen besteht, wie die Römer richtig einsahen, nie in der bloß wörtlichen Bedrohung, soferne die Vollziehung nicht alsbald folgen kann: daher haben auch die Römer entweder zur **vis** eine **corporalis illatio** verlangt [1]), d. h. die wirkliche Verletzung der Personen und Sachen, oder das Vorhandenseyn solcher Mittel, wo der Widerstand zur unmittelbaren Verletzung von selbst führt, wie wenn Jemand Waffen hat, oder überwiegende Menschenkräfte gegen uns aufbietet. Die **vis coactis hominibus** ist immer eine bedenkliche **vis**, ferner das Handeln **coactis hominibus** ist schon an sich eine **vis** [2]), wobei natürlich Absicht und Erfolg näher zu untersuchen ist, um über die Strafbarkeit zu entscheiden [3]). Ob endlich das Versammeln einer Menschenmenge schon eine besondere juristische Richtung habe, wird sich hiernach von selbst entscheiden. Es kömmt nämlich Alles auf die Absicht an. Bis hieher ist dargestellt worden:

1) daß die **vis coactis hominibus contra rempublicam** als Aufruhr bestraft wird: hieraus ist einzusehen

2) daß die **vis in rempublicam** auf andere Art zugefügt, wenigstens nach den Grundsätzen des **crimen de vi publica** beurtheilt werden muß. In den Pandecten ist zwar nur ein Fall aufgeführt, wo nämlich auf die Richter eine gewaltsame Einwirkung geschieht [4]), und viele Fälle, wo Jemand dem **imperio** Widerstand leistete, gehörten sogar zum **crimen majestatis** [5]); aber es

---

[1]) **Vim sine corporali vi locum non habere Pomponius ait.** Nur in Beziehung auf den Besitzverlust ist es gerade nicht nöthig, daß der bisherige Besitzer mißhandelt worden sey, wenn er nur davon gegangen ist und der Andere eigenmächtig den Besitz ergriffen hat. l. 1. §. 29. D. 43. 16.

[2]) l. 2. §. 2. D. 47. 8.

[3]) Es muß wenigstens animus damni dandi da seyn.

[4]) l. 10. pr. D. 48. 6.

[5]) **Si quis magistratum quive imperium potestatemve habet, occidat — injussu principis agit, de provincia, cum ei successum esset, non discedit.**

ist aus dem einen und andern der angegebenen Verhältnisse genügend einzusehen, daß jede Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, welche eine wahre vis enthält, als vis publica bestraft werden muß [1]). Sofort ist zu erwägen

3) daß jede Aufstellung einer Menschenmasse, jede Vereinigung von Menschen in politischer Beziehung und zu besondern politischen Zwecken als vis publica anzusehen seyn dürfte, weil jedes Handeln coactis hominibus an sich in der That eine vis ist. Jedoch wird hier noch Zweierlei zu beachten seyn:

a) ob nicht eine wenigstens stillschweigende Konnivenz des Staats vorhanden ist,

b) ob nicht die Absicht die Versammlung heiligt;

denn in diesen beiden Fällen kann von keiner Bestrafung die Rede seyn. Ob aber die Absicht die Versammlung heilige, kann, wenn die Frage streitig wird, natürlich allein die Staatsgewalt entscheiden [2]).

Sind diese Sätze auch schon durch ihren Zusammenhang und durch die bekannten Ansichten der römischen Juristen über den Begriff der vis im Allgemeinen und vis publica insbesondere dargethan, so werden wir doch noch spezieller auf den Beweis eingehen. Vorerst aber ist die Frage zu lösen, wieviele bilden eine Versammlung, eine Menge, was sind coacti homines und ist ein Unterschied zwischen dem stillen, heimlichen Zusammenkommen

---

[1]) Andere Anhaltspunkte für die Bestrafung der Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit haben wir im gemeinen Rechte nicht, daher konnte dieser Punkt hier nur in dem aufgestellten Gegensatze behandelt werden. Ebenso ist die Rückkehr eines Verwiesenen eine Gewaltthat gegen die exequirende Behörde, aber es fehlen ebenfalls besondere rechtliche Bestimmungen, wenn man nicht die von der gebrochenen Urphede herbeiziehen will, was aber nach unserer Ansicht in die Lehre vom Eidesbruch gehört. Im Mittelalter hatten viele Städte eigene Satzungen gegen die Verwiesenen, woraus aber kein gemeines Recht zu ziehen ist.

[2]) Damit ist natürlich auch dargethan, wer zu entscheiden habe, wenn behauptet wird, die Gesellschaft habe keine politische Zwecke. Nur ist noch zu bemerken, daß eine societas publica etwas Anders bedeutet, als eine Gesellschaft mit politischen Zwecken; denn eine Wirksamkeit kann eine öffentliche seyn, ohne politische, d. h. solche Zwecke, welche die Regierungsweise des Landes betreffen, zu haben.

und der öffentlichen Erscheinung? Eine einfache Verbindung, ein Komplott, eine Verschwörung kann unter zwei Personen vorkommen, aber es entsteht daraus keine besondere Gefahr durch den Gegensatz physischer Macht zur Staatsauctorität. Es gibt auch Verbrechen, welche ein Einzelner gar nicht begehen kann, z. B. Duelle, Raufhändel anderer Art; aber in den Fällen der **vis coactis hominibus** handelt es sich von dem Zusammenseyn und Zusammenwirken so vieler, daß die Obrigkeiten mit ihren gewöhnlichen Mitteln das Maaß ihrer Kräfte erwägen müssen. Die römischen Juristen nehmen die Sache etwas anders, sie sehen bloß auf den Begriff des Volks von **multitudo** und meinen: Zehn bis Fünfzehn seyen schon Viele, aber Jedermann erkennt, daß hier Alles relativ ist. Ulpian mochte bei Gelegenheit der durch einen Haufen entstandenen Beschädigungen gerne sagen: ein Haufe sey beiläufig zehn Köpfe [1]); allein diese Aeußerung bezieht sich durchaus nicht auf Widersetzlichkeiten gegen die Obrigkeit, nicht auf drohende Gewalt gegen die Staatsgewalt. Vielmehr haben die römischen Juristen nirgends die Zahl bestimmt, welche nothwendig zu einer **convocatio hominum** und **seditio** gehören, und es läßt sich darüber auch nichts anders sagen, als daß **in concreto** die Masse den Kräften der Staatsgewalt muß imponiren können. Im Zweifel wird wohl ein Haufe unter zehn Personen Nichts oder wenig vermögen; in einer größern Stadt werden aber zehn Personen noch keine gefährliche **multitudo** machen. Unsere deutsche Praxis hält sich auch nicht an die Zahl von Zehen, denn bei den verschiedenen Mandaten über die Vereinigung Mehrerer auf Straßen in unruhigen Zeiten hat man bald fünf und mehr als bedenklich angenommen, bald Alles in das **arbitrium** gestellt. Es kömmt immer etwas steif vor, wenn neuere Gesetz-Entwürfe zwei Personen als genügend zur Verschwörung und zehn als nothwendig zur Menge und zum Aufruhr erklären. Wir sind mit vielen neueren Schriftstellern der Meinung, daß im römischen Rechte für ein solches absolutes Zahlenverhältniß kein fester Anhaltpunkt gefunden werden könne. Daher bleibt Nichts übrig, als der Begriff des Ausdrucks Menge aus dem Verhältnisse der vereinigten Privatkräfte der öffentlichen Auctorität gegenüber **in concreto** zu

---

[1]) l. 4. §. 2. 3 D. 47. 8.

beurtheilen. Zu gewissen Delikten gehört allerdings das öffentliche Auftreten der Menge, d. h. daß dieselbe ihre Absicht der Widersetzlichkeit nicht geheim halte, vielmehr diese auf irgend eine Weise ausspreche, z. B. beim Aufruhr, beim Landfriedensbruch; aber in andern Beziehungen kann die Menge sich auch verdeckt halten und doch ein Verbrechen begehen, ja selbst da, wo zur Vollendung das öffentliche Auftreten gehört, ist das heimliche Versammeltseyn schon verbrecherischer Versuch. Natürlich kömmt hier Alles auf die Absicht der geschehenen Versammlung und dieser Punkt führt uns in die Lehre von den unerlaubten Versammlungen überhaupt.

Von bleibenden Verbindungen im Staate und von einmaligen und wiederholten Versammlungen.

§. 27.

Die Trennung der Gegenstände des Privatrechts und des öffentlichen Rechts ist positiv genug, um darauf das Prinzip bauen zu können, daß **societates** nicht nur **ad quaestum**, nach der Ordnung des Privatrechts, sondern auch **ad vitam omnem**, insoweit nicht besondere Anordnungen des öffentlichen (polizeilichen) Rechts im Wege stehen, erlaubt sind. Soweit überhaupt ein Vertrag geschlossen werden kann [1]), soweit finden ungehindert Societäten statt. Aber nun entsteht eben die Frage, wann können polizeiliche Anordnungen die Bildung der Gesellschaften verhindern? Die Antwort ist:

1) wenn der Zweck der Gesellschaft dem Staatsinteresse nachtheilig ist. Und darüber hat natürlich die Staatsgewalt zu erkennen,

2) wenn die Gesellschaft ihren Zweck dem Staate verheimlichen will [2]), weil der Staat das Recht hat, außer der Familie die Zwecke vereinigter Menschenkräfte zu kennen. Nach diesen Grundsätzen können Gesellschaften, die nicht einen an sich verbrecherischen oder unerlaubten Zweck haben, ohne weiteres sich bilden,

---

[1]) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

[2]) Darin ruht das Wesen der schon vor Cicero's Zeit verrufenen conventicula.

und bestehen, wenn die Staatsgewalt nicht Einhalt thut. Das römische Recht spricht überall nur von unerlaubten Gesellschaften, und unerlaubt ist eine Gesellschaft

a) materiell wegen ihres unrechtlichen Zwecks, d. h. wegen der Beförderung von Unternehmungen, die auch dem Einzelnen verboten sind;

b) formell wegen des Verbots der Staatsgewalt.

Nur das ist vorerst noch zu erwägen, ob eine Gesellschaft erlaubt ist, so lange der Staat sie nicht speziell untersagt hat, oder ob sie erst erlaubt wird, wenn der Staat sie ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Wir lehren so: wenn eine Gesellschaft dem Staate ihren Zweck verbirgt, ist sie immer unerlaubt, denn l. 3. §. 1. D. 47. 22. gibt an: In summa autem, nisi ex SCti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcunque tale corpus coierit: contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat. Man könnte diese Stelle so erklären, daß jede societas eine ausdrückliche Genehmigung haben müsse; allein wir wollen nichts darauf legen, daß hier von collegiis und corporibus die Rede ist, welche eine Persönlichkeit ansprechen, es ist vielmehr überhaupt bloß gesagt, daß eine societas nur erlaubt genannt werden könne, wenn sie eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubniß habe; dadurch ist aber noch nicht gesagt, daß jede societas, die kein Privilegium, d. h. keine specielle ausdrückliche Konzession hat, schon deßhalb unerlaubt und strafbar sey. Jedoch ist eben dadurch gewiß, daß wenn sie sich vor dem Staate verbirgt, so daß eine Konnivenz des Staats, d. h. eine stillschweigende Anerkennung nicht denkbar ist, nach der Natur der Sache und nach dem Geiste jener Stelle sie als eine unerlaubte anzusehen ist. Außerdem aber hat die Staatsgewalt das nicht zu bestreitende Recht, jede Gesellschaft, die ihren Zweck nicht verheimlicht, zu verbieten und aufzuheben, sofern sie dieselbe dem Staatsinteresse nachtheilig hält, und bedarf dazu keiner weitern Autorisation. Entgegensetzen könnte man uns:

1) Daß, um einen Vertrag unerlaubt zu nennen, er contra mores vel leges seyn muß.

2) Daß auf diese Weise mittelbar die Freiheit der Einzelnen vernichtet sey, weil man Vieles nur in Gesellschaft ausführen kann.

Allein diesen beiden Punkten steht die Lehre von den coactis hominibus als eine natürliche Gewalt (vis corporalis) entgegen. Ein vis corporalis kann nur rechtlich im Nothwehrstande der Einzelnen hervortreten [1]), welchen auch der Staat sich wird müssen gefallen lassen [2]); aber niemals kann der Staat eine Verbindung als Gemeinkraft sich gegenüber dulden, weil er das Monopol der öffentlichen Macht haben muß. Es kann daher auch nie von der Nothwehr einer Masse gegen den Staat die Rede seyn, und jede Erklärung an die Masse, daß sie im Rechte der Nothwehr sey, ist ein Attentat gegen die Staatsgewalt. Erhält sich die Staatsgewalt, so wird auch ein solches Attentat immer und immer gestraft werden, wenn die Richter nicht eine verkehrte Logik haben, welche die Staatsgewalt eines langsamen Gifttodes sterben läßt. Kein vernünftiger Publizist wird behaupten, daß der Staat eine von ihm unabhängige politische Macht neben sich darf erstehen lassen, oder mit einer solchen in die Schranken eines Prozesses vor seinen Behörden anders treten kann, als um den Gegner in Strafe zu setzen. In diesem Geiste sind die Gesetze aller gebildeten Völker geschrieben, die römischen [3]), die deutschen, die vor dem sechszehnten Jahrhunderte wohl weniger einen gegen die Reichsgewalt gerichteten als die Befehdungen Einzelner befördernden Feind in den Verbindungen zu bekämpfen hatten, selbst die englischen, indem es auch heutzutage nicht bezweifelt wird, daß der König für sich alle Verbindungen unterdrücken kann. Wenn er dieß nicht thut, sondern den Antrag wenigstens des einen Hauses seines Parlaments abwartet,

---

[1]) Andere können hier helfen, aber eine vorausgehende Verbindung vernichtet die nothwendige Voraussetzung der Nothwehr, denn hier hat man statt der Eingehung der Societät Rechtsmittel, und es ist kein Ueberlaufen da.

[2]) Daher viele Kriminalisten die einfache Widersetzlichkeit als Nothwehr für straflos erklären. Wächter, Hefter u. s. w.

[3]) Bei einem freien Volke muß sich ein solcher Gegenstand erst durchkämpfen; in der Zeit der Republik gab es solche Verbindungen genug — ad comitia dirigenda, quo quis judicio publico damnaretur (Dio Cassius lib. 59. c. 9, 20), allein der Senat konnte sie ohne weiters unterdrücken, daher in dieser Lehre nur von SCtis und später von Constitut. princ. die Rede ist. Man denke auch an das Sc. de Bacchanalibus l. 1. D. 3, 4.

und durch die Genehmigung dieses Antrags den feinen Wink gibt, welcher einem Befehle der Krone gleich ist, so ist dieß nur ein Zeichen der hohen Politik, in welcher in England die bürgerlichen Freiheiten mit den Rechten der Krone überall in Einklang gesezt werden. Etwas anders verhält sich die Sache in England bei den Versammlungen zu Petitionen, wovon wir nachher handeln werden, denn beide Dinge müssen schon des äußern Begriffs wegen einigermaßen unterschieden werden.

Ganz unrichtig ist daher die Ansicht einiger Neueren, daß die Gesellschaften absolut frei und nur dann ohne Despotismus verboten seyn könnten, wenn sie einen materiell strafbaren Zweck hätten [1]). Das Resultat unserer kurzen Darstellung ist daher:

a) Jede Gesellschaft, welche ihren Zweck vor dem Staate geheim hält, ist **eo ipso** eine unerlaubte und die Mitglieder derselben sind strafwürdig. Freilich ist das bloße Stillschweigen noch nicht das Delikt, sondern die Ableugnung des wahren Zweckes oder das Nichtangeben des Zweckes, wenn man dazu aufgefordert wird. Das bloße Stillschweigen und Ansichhalten einer Sache, die man abliefern sollte, ist ja auch noch kein Unterschlagen, es gehört die Ableugnung dazu.

b) Jede Gesellschaft, welcher die Staatsgewalt das Fortbestehen oder Entstehen verweigert, ist, wenn sie sich nicht augenblicklich auflöst, unerlaubt, und die Theilnehmer sind strafbar.

Zulezt ist noch von den Versammlungen die Rede. Hier ist gewiß:

a) Daß, wenn sie einen unerlaubten und verbrecherischen Zweck haben, sie ein Attentat enthalten; aber nach gemeinen deutschen Rechten

b) auch gewiß, daß der Staat sie verbieten kann, denn sie sind **societates**, wenn auch ihre Dauer noch so kurz ist. Es kömmt hier nicht auf den Begriff einer sich bildenden juristischen Personen, sondern die Römer gebrauchen geflissentlich **promiscue** die Worte **coetus**, *conversus*, **turba**, **convocati homines**, woraus man klar sieht, daß jede vorübergehende Erscheinung darunter begriffen ist, womit auch der Geist und Sinn der Worte, jedes Aufstellen einer **vis corporalis** zu vermeiden, übereinstimmt.

---

[1]) Diesen Punkt hat hinlänglich widerlegt Zirkler in dem Buche über das Associationsrecht 1834 und in meiner Zeitschrift II. Bd. zweites Heft.

Wenn daher Versammlungen zu politischen Zwecken in einzelnen Staaten positiv erlaubt sind, z. B. um Petitionen an die Staatsgewalt zu machen, wie in England, so ruht dieß theils auf besondern Gesetzen und Sitten, theils ist auch hier das Recht und dessen Ausübung nicht unbeschränkt, und der Staat nimmt, wenn die geringste Gefahr vorliegt, mit Recht im Angesichte des Volks solche Anstalten, daß nöthigenfalls Gewalt mit Gewalt abgewiesen werde, wie wir ja Beispiele genug in der englischen Geschichte haben.

IV. Von den übrigen Angriffen auf die Majestät des Fürsten und auf die in solcher Richtung stehenden Rechte der Staatsgewalt.

§. 28.

Einleitung.

Schon oft ist gesagt worden, die moderne Bedeutung des Majestätsverbrechens, namentlich in den vielen Gegensätzen, die sich durch eigene Begriffe der Praxis und der Schule gebildet haben, bedürfe einer neuen genauen Darstellung. Dabei hat man bis hieher hauptsächlich drei Meinungen gehört: 1) Da Nichts mehr in Beziehung auf die Angriffe der Staatspersönlichkeit übrig sey, als die Angriffe auf die Ehre, die der Fürst als physische Person mit allen Menschen theile, so sey das Majestätsverbrechen eigentlich die durch die höchste Ehre und Würde qualifizirte Injurie [1]). 2) Da das römische Recht zu den eigentlichen Angriffen auf die Staatsgewalt (perduellio) **hostilem animum** erfordere, und nicht alle Unternehmungen gegen den Staat als Untreue und Gewaltthat erscheinen, so sey jeder andere Angriff auf die höchste Staatsgewalt, jede absichtliche

---

[1]) Diese mußten dann, wie bei jedem Staatsbeamten auf die Unterscheidung kommen, ob der Ehrenangriff die Amtsperson oder die Privatperson betreffe, sie hätten dann nicht vergessen sollen, daß die so gestellte Injurie auf die Amtsperson auch nur eine gewöhnliche injuria atrox ist. Doch um beim Worte zu bleiben, nannte man die injuria gegen die öffentliche Person crimen laesae majestatis, die gegen die Privatperson crimen laesae venerationis. Engau, Koch, Quistorp, Klein.

Rechtskränkung anderer Art, soweit sie nicht in ein besonderes Verbrechen falle, Majestätsdelikt [1]). 3) In monarchischen Staaten genieße der Fürst eine besondere Heiligkeit (geheiligte Majestät) und jede Beleidigung des Fürsten sey eine Kränkung dieser Majestät und darin konzentrire sich jezt das Verbrechen [2]).

In der ersten Richtung ist das Verbrechen eine qualifizirte Injurie und wird ganz nach den modernen Ansichten von Ehrenkränkung behandelt; in der zweiten Richtung tritt der weitere römische Begriff von **animus injuriandi majestatem i. e. diminuendi majestatem** hervor, und man behauptet bloß, da viele **species** schon gebildet seyen, so bleibe eine **clausula generalis** übrig; in der dritten Richtung endlich gehört das Verbrechen den modernen Vorstellungen repräsentativer Regierungen von der Heiligkeit und Unverletzlichkeit der Person des Monarchen. In der ersten Richtung würde man die Sache am besten in die Lehre von den gewöhnlichen Injurien stellen, denn wenn man auf das rein Menschliche hinsieht, so begreift sich schwer ein spezifischer Unterschied zwischen Fürsten, hohen Staatsbeamten, anderen Beamten und Bürgern, und nur das von Fürsten selbst oder von Fürsten und Unterthanen gemachte Gesetz müßte ihn begründen; aber damit wäre der fürstlichen Hoheit wenig gedient; in der zweiten Richtung prädominirt offenbar eine antike Ansicht, wornach z. B. auch das Münzverbrechen, das angemaßte Recht von Gefängnissen ein Majestätsverbrechen ist, auch sagt die Vorstellung der logischen Mode unserer Zeit nicht zu: endlich in der

---

[1]) So Henke, Tropp (de praeceptis circa puniendum conatum) Martin, Henke und Tropp stützen sich fest auf den Gegensatz der perduellio und der andern imminuta majestas, sowie sie ihn im römischen Rechte zu finden glauben; Martin hat den römischen Begriff von Rechtsverletzung (injuria) in Beziehung auf die öffentlichen Rechte der höchsten Gewalt modernisirt, und nennt daher das Verbrechen ein Delikt gegen die Staatsverwaltung, wornach der oberste Verwalter persönlich oder durch Entziehung seiner Hoheitsrechte injurirt werde. Martin scheint auch in Hinsicht auf die persönliche Kränkung einen Unterschied der reinen Privatperson machen zu wollen, und sich in diesem Punkt der alten Schule anzuschließen.

[2]) Diese Ansicht gehört den neuesten Publizisten; sie gründen sie auf die neue konstitutionelle Staatsordnung.

dritten Richtung fehlt alle Grundlage in dem gemeinen positiven Recht.

Was uns betrifft, so sind wir der Ansicht, daß überall bei dem unmittelbaren Angriff auf die Staatspersönlichkeit gleich von vornherein unterschieden werden muß die Monarchie und eine andere Staatsform; denn dort erscheint die moralische Person in einer physischen, und dieser Begriff würde wieder vernichtet, wenn eine künstliche Trennung des Fürsten in eine öffentliche und Privatperson möglich wäre. Daher wird in ihm jedesmal der Staat angegriffen, und in der Staatsverfassung auch er. In den andern Formen aber lassen sich die Rechte der Korporationen und Magistraturen genau unterscheiden, obgleich auch hier der Angriff auf eine Korporation oder auf eine einzelne Magistratur Angriff auf den Staat selbst seyn kann, wo denn die Absicht des Angreifers entscheiden muß. Diese kann bezeichnet werden als animus imminuendi majestatem im Gegensatze des bloßen animus vim inferendi.

Unglücklicherweise ist im römischen Rechte de jure der republikanische Geist [1]), de facto der der unbeschränkten Einherrschaft, und daraus folgt, daß die Lehre von der Volksmajestät neben jener Lehre geht, wo der imperator und seine Räthe den Staat bilden (l. 5. Cod. 9, 8) und wornach jeder Angriff auf den princeps und diese Räthe, jeder Eingriff in deren Verwaltung Majestätsverbrechen heißt. In Hinsicht auf die Absicht bleibt nur der allgemeine dolus malus etwa im Gegensatze eines gereizten Ausbruches (impetus, calor), wo wenigstens geringere Bestrafung eintreten soll, und auch im Gegensatze des animus lucri faciendi, wo Peculat, residuum und repetundae noch immerhin besonders aufgestellt wurden. Im germanischen Mittelalter mußte der Unterthan und Vasall seinem Herrn gehorchen und ihn ehren, und es war mehr ein Zustand der Familiengewalt als des bürgerlichen Gemeinwesens; der Gehorsam kam aus der Achtung (Ehrfurcht) und die Ehrfurcht aus dem Gehorsam.

---

[1]) Immer noch ist die Rede vom populus Romanus. Aber unter den spätern Imperatoren wurde das von ihren subjektiven Ansichten bestimmte Staatsinteresse darunter verstanden, und nichts weiter. Ein Staat aus dem Volke ohne Imperator konnte längst nicht mehr bestehen.

Beide vereinigten sich in dem schönen Worte „Treue“. Da bedurfte es des imposanten Wortes „Majestät“ nicht, und die Majestät ist im germanischen Occident von dem römischen Imperator abgeleitet. Aber jeder Ungehorsam, jede Mißachtung des Oberherrn war ein Vergehen, injuria, und es traten wenigstens die Folgen der lehenrechtlichen Strafe ein. Diese fand z. B. statt durch den Ehebruch mit des Lehenherrn Gattin. Als endlich das deutsche Kaiserthum mit bestimmten Rechten (regalia) grundgesetzlich, namentlich seit der goldenen Bulle, sich immer mehr befestigte, sprach man auch von dem Majestätsverbrechen, aber nicht bloß in dem ausgedehnten Sinne der späteren römischen Imperatorenzeit, sondern auch mit Rücksicht auf die Verletzung kaiserlicher Rechte (regalia) und mit Rücksicht auf die Verletzung der Treue gegen das höchste Reichslehensoberhaupt. Die Churfürsten behaupteten die Majestät schon mehr nur als jus honoris, wie die Kardinäle der römischen Kirche; und im Kampfe um die Landeshoheit war es nicht möglich, daß das Majestätsverbrechen in Beziehung auf die deutschen Landesherren einen festen juristischen Standpunkt erlangt hätte.

§. 29.

Begriff.

Das Majestätsverbrechen ist eine **injuria in principem vel rempublicam.** Der Ausdruck **injuria** ist nicht **ex jure singulorum,** sondern **ex jure publico** und zwar nach der Verschiedenheit der Staatsverfassungen zu bestimmen. Nach dem Systeme des gemeinen deutschen Rechts ist sodann eine solche **injuria in principem vel rempublicam,** welche in ein besonderes Verbrechen fällt, vom Majestätsverbrechen auszuscheiden.

§. 30.

Object.

Hier handelt es sich **I.** von der monarchischen Verfassung der deutschen Bundesstaaten; **II.** von den vier freien deutschen Städten; **III.** vom Bunde selbst.

I. Da die Fürsten der deutschen Bundesstaaten die höchste Staatsgewalt in ihrer Person vereinigen, so ist diese der Gegenstand des Majestätsverbrechens. Unter keinem Verhältnisse, selbst

nicht wie Henke meint, zur Zeit der faktischen Entthronung, kann dem Volke eine Majestät zugeschrieben werden; ferner alle Angriffe auf Staatsbeamte und Stände oder Landesrepräsentanten gehören nicht hieher, wenn nicht der Fürst mittelbar dabei angegriffen wird. Im Uebrigen kömmt es durchaus nicht darauf an, wie der Fürst angegriffen wird, ob sein Körper, ob seine fürstliche oder Privatwirksamkeit, ob er angegriffen ist in der Ausübung eines fürstlichen Rechts oder bei Gelegenheit der Ausübung eines Familienrechts. Der publizistische Standpunkt nämlich ist der, daß sich die physische Person des Fürsten, sowie sie lebend und handelnd auftritt, nicht von dem Inhaber der Staatsgewalt trennen läßt, und jeder Angriff eine Entwürdigung des Inhabers der Staatsgewalt nach sich zieht. Es gehören daher auch alle Fälle dazu, welche als Ehrenkränkungen eines Privatmanns erscheinen würden [1]), aber das **jus publicum** führt noch weiter. So ist jede Bedrohung des Fürsten und jeder Mißbrauch des fürstlichen Namens hieher zu rechnen, wenn man auch bei einem Privatmann in ähnlichen Verhältnissen erst nach der **vis** und nach dem **falsum** oder nach der **injuria** fragen dürfte; denn die Achtung einer Person, welche so hoch steht, daß sie nicht einmal mit der Magistratur zu vergleichen ist, bringt dieß mit sich, indem ja die Bedrohung einer Magistratur und der Mißbrauch des amtlichen Namens schon **vis** und **falsum** sind. Endlich wird das Majestätsverbrechen begangen, wenn Jemand wohlbedächtlich **jura majestatica** ausübt, die entweder der Fürst nur in Person ausüben kann, oder deren Ausübung ihm nicht übertragen ist, und wobei er nicht etwa in ein spezielles Verbrechen wegen der besondern verbrecherischen Absicht und Handlungsweise fällt. Dieß führt natürlich in die Beachtung der konkreten Landesverfassung und im Allgemeinen kann daher nur Beispiels wegen angeführt werden das Begnadigungsrecht, das Nominationsrecht bei Aemtern, die nur unmittelbar der Fürst verleihen kann; das Halten von Militär, das Einrichten von öffentlichen Gefängnissen für seine Dienstboten, die Bestätigung von Kriminalurtheilen, die nur

---

[1]) Einige sind der Meinung, da der Kodextitel 9, 7 getrennt von dem Titel über die lex maj. stehe, so seyen die gewöhnlichen **maledicta** anders zu beurtheilen, aber sicher mit Unrecht.

unter Genehmigung des Fürsten vollzogen werden können, besonders Aufforderung zu Einrichtungen, zur Bildung von Behörden, Aufstellung einer Macht, wo überall die fürstliche Ermächtigung vorausgehen muß — und vorausgesezt, daß hier dolo malo verfahren wird, d. h. daß man eben handelt, weil man die Genehmigung nicht zu erwarten hat oder erwarten will. Man sieht hieraus zur Genüge, wie dieß Verbrechen, welchem der römische Begriff von injuria in Beziehung auf das öffentliche Recht — immerhin in einiger Analogie zum Privatrecht (also nicht bloß in der Bedeutung einer sogenannten Ehrenkränkung) zu Grunde liegt, bestimmt werden muß nach den neueren Landesverfassungen, und namentlich nach denjenigen Rechten, die man jezt unmittelbar auf die Person des Fürsten hinführende Hoheitsrechte nennt (jura mejestatica). Eine Beleidigung der Gemahlin des Fürsten wird als eine Majestätsverletzung angesehen, nicht sowohl wie Henke meint, weil der Fürst mittelbar dabei unjurirt würde, indem sonst die Injurirung der fürstlichen Kinder ein gleiches Resultat haben müßte, sondern deßhalb, weil nach den deutschen Ansichten über die Einheit des Leibes, Guts und der Rechte, welche die Ehe gewährt, und da eben die physische Person von der fürstlichen nicht unterschieden werden kann, das Majestätsrecht für die fürstliche Frau begründet ist. Die römischen Imperatoren, besonders die christlichen im Geiste der christlichen Ehe haben die Augusta ebenso mit ihrer Person verbunden [1]). Dagegen läßt sich nach unseren Verfassungen eine majestas magistratuum nicht mehr denken, und alle Unbilden gegen amtliche Behörden, von dem höchsten Staatsbeamten an, gehören, wenn sie nicht eine andere bestimmte verbrecherische Richtung haben, zu den injuriae graviores, indem die physische Person in einer gewissen besonders geschäzten Eigenschaft hervortritt. Auch ist hierdurch das monarchische Prinzip dem republikanischen gegenüber kenntlich. Wenn in den neueren Entwürfen die Beleidigung der fürstlichen Ehre neben jener der Amtsehre gestellt wird, so dürfte auch hier Manches dereinst andere Konklusionen nach sich ziehen, als die systematisirenden Gesetzgeber auf ihre Schußweite hin erkennen mochten. Bei den bloß wörtlichen Schmähungen hat man

---

[1]) l. 6. §. 1 D. 49, 14.

den Zweifel, ob, wenn die Injurie ausdrücklich nur auf die Privathandlungsweise des Fürsten mit ausdrücklicher Protestation gegen den Schluß, die fürstliche Ehre kränken zu wollen, gerichtet werde, das Majestätsverbrechen begangen werde. Wenn wir auch zugeben, daß hier manche menschliche Rücksichten zu Gunsten des Angeschuldigten stehen werden, z. B. daß er vielleicht die Folgen einer nicht zu rechtfertigenden Privathandlung des Fürsten erfahren hat; so müssen wir doch unserer eigenen früheren Ansicht entgegen der Meinung seyn, daß, wenn der Begriff von Injurie wirklich in dem konkreten facto zu finden ist, das Majestätsverbrechen wird angenommen werden müssen. In solchen Fällen aber wird ein kluger Fürst gewiß die Sache abschneiden durch den Weg, welchen die l. unic. cod. 9, 7 vorgezeichnet hat; weßhalb auch der Richter in solchen und ähnlichen Beziehungen ohne Vorwissen des Beleidigten die Untersuchung nicht eröffnen kann, oder wenigstens der entscheidende Richter nicht entscheiden soll. Im Uebrigen kann der Beleidiger auch ein Ausländer seyn, wenn er die Beleidigung nur als subditus temporarius zugefügt hat. Außerdem bleibt die Handlung immer eine ausgezeichnete Injurie, z. B. wenn ein Angehöriger des einen deutschen Bundesstaates über den Fürsten eines anderen Bundesstaates, jedoch nicht in des Lezteren Landen sich injurirend ausspricht; sie ist aber nicht Majestätsverbrechen. Auch ist darauf zu sehen, ob die oben angegebenen Grundsätze vom Verrath an Bundesgenossen nicht eintreten. Endlich ist noch anzuführen, daß das Majestätsverbrechen auch an dem fürstlichen Mitregenten begangen werden kann, denn er ist dem römischen Könige gleich, selbst wenn er die äußere Ehre der fürstlichen Majestät nicht hat, z. B. in seiner Stellung als Kron- oder Erbprinz bleibt. Keineswegs aber wird das Verbrechen an dem vormundschaftlichen Regenten begangen, weil hier sein Mündel allein als wirklicher Inhaber der Staatsgewalt erscheint.

II. Auf die deutschen Reichsstädte bezog sich das Majestätsrecht nicht und sie verlangten es auch nicht, wie die Fürsten kraft ihrer Landeshoheit; aber einige Rechtslehrer behaupten, die Städte als Reichsstände hätten die Rechte oberster kaiserlicher Räthe, und daher passe die l. 5, Cod. 9, 8 auf sie; andere nahmen an, die Angriffe auf einen Reichsstand gefährdeten das ganze Reich, und

daher sey das Majestätsverbrechen auch bei dem Angriffe und bei der Beleidigung einer freien Reichsstadt begründet [1]).

Ein anderes Verhältniß ist jedenfalls jezt eingetreten; zwar ist nirgends von der Souveränität der vier freien Städte die Rede; allein wahrscheinlich bloß deßhalb, weil man den Ausdruck für ungeeignet in Beziehung auf derartige republikanische Gemeinwesen hielt, denn in der Ausübung der Hoheitsrechte stehen sie in der That den fürstlichen Souveränen gleich und so ist die Anwendung des Majestätsverbrechens im engern Sinne nicht zu bezweifeln. Freilich hat weder eine städtische Versammlung noch ein magistratus eine solche Würde, daß jede unmittelbare Beleidigung derselben das Majestätsverbrechen wäre; aber der Staat selbst als eine Persönlichkeit kann beleidigt und angegriffen werden:

a) Durch Herabwürdigung der städtischen Verfassung und Geringschätzung der städtischen Stellung als eines unabhängigen Gemeinwesens nach Außen und Innen [2]).

b) Durch den Gebrauch und Mißbrauch der Majestätsrechte in eben der Richtung wie bei den monarchischen Staaten.

III. Wenn dem deutschen Bunde als einer societas von Majestätsberechtigten gewiß die Majestät gebührt, und das Völkerrecht durch Accreditirung von Gesandten und Anerkennung des souveränen Willens des Bundes die Majestät ausdrücklich zugesteht, auch die Bundesversammlung mit dem Bunde selbst nicht verwechselt werden kann, so ist es doch eine bekannte Sache, daß der Bund keine innere Staatsgewalt ausüben will — mit, so zu sagen, einer einzigen außerordentlichen Ausnahme — und daher können die injuriae gegen den Bund als einer Staatsgewalt nicht verfolgt werden, wohl aber als injuriae gegen jeden einzelnen Bundesfürsten, was praktisch zu demselben Resultate führt. Auch die Beleidigung der Bundesversammlung kann mittelbar eine Majestätsbeleidigung werden.

---

[1]) Carpzow l. c. Nr. 89.

[2]) Henke Handbuch III. Bd. S. 475 meint zwar, es sey dieß ein eigenes Delikt — Verletzung der Ehrfurcht gegen den Staat; allein in monarchischen Staaten wird immer der Fürst mit injurirt, und in republikanischen hat es die natürliche hier angegebene Bedeutung.

§. 31.

Absicht, Handlung, Versuch und Theilnahme.

Der animus injuriandi ist überhaupt nichts anders als ein böswilliges Hinwegsehen über wohl begründete Rechte. Diese Mißachtung muß offen zu Tage liegen, ob aber Vorbedacht dabei sey, oder ob sie ex impetu et calore geschieht, wird bloß in Hinsicht auf Strafausmessung in Anschlag gebracht. Merkwürdig aber ist es, daß bei dem Verrath immer propositum waltet, während ein anderer Angriff auch in der Erregtheit des Gemüths und in der Uebereilung des Augenblicks geschehen kann.

Sofort zeigt sich auch, daß, sowie die innere Ursache der Handlung, eben so die äußere Erscheinung derselben an besondere Voraussetzungen nicht gebunden ist. Dicta, scripta, picta, re perfecta et ommissa aller Art können Versuch und Vollendung dieses Verbrechens bewirken. Wo sich ein Versuch von der Vollendung unterscheiden läßt, ist kein Grund da, von den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts abzuweichen, weil die eigenen Bestimmungen der goldenen Bulle doch nur die schwereren Fälle des Hochverraths voraussetzen, und ebenso, wie die Carolina der weiteren Entwickelung der Strafwürdigkeit der einzelnen Fälle keine Gränzen stecken wollten und in der That dortmals die wissenschaftliche Unterscheidung des Majestätsverbrechens im engern Sinne nicht bestand. Auch bei der Theilnahme muß man lediglich auf die allgemeinen Grundsätze verweisen.

§. 32.

Von der Bestrafung aller Handlungen, welche unmittelbare Angriffe auf die Staatspersönlichkeit bilden.

Die vorstehende Ausführung hat folgende Delikte unterschieden:

1) Hochverrath.

2) Die geringeren landesverrätherischen Unternehmungen.

3) Aufruhr.

4) Die andern Widersetzlichkeiten gegen die Obrigkeit.

5) Unerlaubte Verbindungen und Versammlungen.

6) Uebrige Eingriffe in die Majestät oder Staatspersönlichkeit.

Davon geschieden sind die Verbrechen der Störung der öffentlichen Ruhe und des gemeinen Friedens in Angriffen der Bürger gegeneinander [1]), ferner die Beleidigungen der Beamten [2]), endlich die Uebergriffe und Delikte der Beamten selbst, soferne sie nicht in die eben dargestellte Klasse gemeiner Verbrechen fallen [3]).

In Hinsicht der Bestrafung stehen nur wenige Sätze positiv durchaus fest:

a) Daß die schwereren Fälle des Hochverraths, Aufruhrs und des Majestätsverbrechens kapital, d. h. todeswürdig sind.

b) Daß der Hochverrath nach gemeinem Rechte die Vermögenskonfiskation [4]), und die **damnatio memoriae** [5]) nach sich zieht, aber beides zu erlassen ist, wenn die Hauptstrafe nicht auf den Tod geht, weil die **confiscatio bonorum** überall im römischen Rechte, wenn sie nicht die Hauptstrafe macht, nur bei den Kapitalfällen eintritt, und wir außer der Todesstrafe keine Kapitalstrafe kennen [6]).

c) Daß überall die Konkurrenz anderer Verbrechen in Anschlag gebracht wird, und die Todesstrafe dadurch eintreten kann, wenn auch das Staatsverbrechen selbst sie nicht nach sich zöge, wie z. B. wenn ein Mord, oder wenn Brandstiftung vorgefallen ist.

d) Daß sowohl die Unterscheidung der schwereren Fälle, als die Ausmessung der Nichtkapitalstrafe bei den leichteren Fällen nunmehr gänzlich **in arbitrio judicis** steht, wobei jedoch

e) der Versuch und die Theilnahme beim eigentlichen Hochverrath, wenn der verbrecherische Plan an sich eine schwere Verschuldung mit sich führt, als Kapitalverbrechen nach der gewöhnlichen und wie uns scheint richtigen Meinung angesehen werden müssen.

---

[1]) Sie bilden die nächste Klasse der Verbrechen.

[2]) Sie gehören in die Lehre von den Injurien der **personae publicae**.

[3]) Sie bilden eine eigene Klasse.

[4]) Art. 218 der Carolina, nicht alle Staatsverbrechen sind hier gemeint, schon wegen des im Texte angegebenen Grundes.

[5]) Darüber Kämmerer Beiträge zur Geschichte und Theorie des römischen Rechts. Rostock 1817, Nr. 5.

[6]) Wo die Konfiskation stattfindet, hat natürlich die Untersuchung auch nach dem Tode des Verbrechers statt.

Nichts ist bunter als die Uebersicht der neueren Versuche der Legislation über die Abstraktionen zum Behufe der Bestimmung der Strafart und Größe für einzelne Fälle, um die Freiheit der Praxis einzufangen. Noch haben wir Nichts entfernt Gelungenes in dieser Beziehung, und wir glauben, wer an dieser Scholle arbeitet, wird nie mit seinen Früchten zufrieden seyn. Am Angemessensten dürfte es seyn, die Fälle zu bezeichnen, wo der Richter die Todesstrafe auszusprechen hat, ihm zur tröstenden Rechtfertigung, und dem gemeinen Wesen zur klaren Einsicht des unabwendbaren Schicksals in der schweren Schuld. Es war ein Uebermaß bürgerlicher Freiheit, wenn man eine Zeitlang bei den Römern die Todesstrafe nicht anwendete, und gerade dieser Punkt führte mit zu den bürgerlichen Kriegen, und zu den Eigenmächtigkeiten der Proskription im Großen.

Auch dürfte es möglich seyn, die geringeren verbrecherischen Richtungen, welche mehr als Vergehen, wie als Verbrechen anzusehen sind, hervorheben, z. B. die verbotenen Versammlungen, bei welchen kein anderes Delikt konkurrirt. Doch der Zweck dieser Darstellung ist nicht, legislative Ansichten zu geben, obgleich auch das arbitrium des gemeinrechtlichen Richters einige Stütze in solchen Betrachtungen finden möchte.

In Hinsicht auf die Nichtkapitalstrafen kann nach gemeinem Rechte Bestimmtes schon deßhalb nichts angeführt werden, weil wir gemeinrechtlich gar kein System des Zusammenhangs der verschiedenen Arten der Nichtkapitalstrafen haben. Alles, was hiernach in den Büchern angegeben wird, beruht auf Willkür der Schriftsteller.

Wichtiger ist, zu bemerken, daß manche Bestimmung des gemeinen Rechts veraltet und unbrauchbar ist, z. B. die Erstreckung der Verfolgung auf die Kinder der Hochverräther nach l. 5, cod. 9, 8 [1]), ferner die prozessualischen Eigenheiten des römischen Rechts, mit der einzigen Ausnahme der Anklage des Verbrechers nach dem Tode zum Zwecke der Konfiskation, wo diese nicht partikularrechtlich aufgehoben ist, endlich die germanische Konkurrenz der Verrätherei und des Friedensbruchs, die in manchen der angeführten Verbrechen vorkömmt. Dagegen gilt hier nach

---

[1]) Viele glauben, daß die Begnadigung hier eigentlich helfen müsse.

partikularrechtlicher Praxis manches Eigene, z. B. die Promulgirung und Anwendung des Martialgesetzes, die Errichtung eigener Gerichtshöfe und eines besondern schnellen Verfahrens derselben wenigstens in den Fällen gefährlichen Aufruhrs.

Ueberhaupt ist nicht zu übersehen, daß das gemeine Strafrecht, auf so festen Prinzipien es hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze und des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen ruht, schwerlich in der Ausmessung und Zuerkennung der Strafübel andere Grundlagen hat, als die nach den einzelnen deutschen Ländern verschiedene Praxis, und das in Rücksicht auf die frühere Strafandrohung, sowie auf die so vielfach veränderten Verhältnisse, in den Staats-, Rechts- und Lebensansichten vorsichtig und billig genommene Ermessen.

Zweites Buch.

Von den Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden.

Das Gefühl des öffentlichen Friedens ist älter, als der Begriff der Personification des Staats.

§. 33.

Wenn das Strafrecht eines Volks das beste Kennzeichen seines Bildungsstandes ist, so bewährt sich die Wahrheit dieser Idee besonders in dem gegenwärtigen Hauptstücke. So verschieden die Ansichten über politische Bildung insbesondere sind, indem die Einen sie in einer möglichst ausgedehnten und lebendigen Theilnahme der Meisten an der Regierung finden, die Andern aber meinen, eine offene, redliche und ernste Regierung müsse die Grenzen der Wirksamkeit der Regierenden von den Grenzen der Thätigkeit der andern Bürger, welche im Schatten des Friedensbaumes eines guten Regiments ihren Geschäften nachgehen, getrennt zu halten wissen, und indem wieder Andere der Ansicht sind, die Natur der Dinge werde von selbst immer die Gewalt des Rechts ertheilen, unter andern Verhältnissen natürlich nach andern Principien, und es sey nur zu wünschen, daß dieser gesetzlichen Gewalt gegenüber die Eigenmacht in Respect gehalten werde, und eben darin bestehe die Blüthe der politischen Kultur; und die Kunst der Regierung sey der Sieg der rechtlichen Auktorität über die Excesse der Einzelnen; so wird

man doch immer, man hänge einer der beiden erstern theoretisirenden oder der leztern mehr practischen Schule an, darin einstimmen, daß der gesicherte innere Friede des Gemeinwesens der Probirstein wahrer politischer Kultur und einer guten Regierung ist. Daher war der Zustand jener Zeit, aus welcher die leges de vi kommen, eben so schlimm, wenn auch Kunst und Wissenschaft blühten und man immer von Volksfreiheit sprach, als die Lage des Mittelalters, wo die Gewalthaber ungebildet, und die Verwechslung der gesetzlichen und physischen Gewalt fast nothwendig war, so daß die Landfriedensordnungen, sowie die Mauern und Thürme der Städte, in welchen bis auf die politischen Zwiste allein Ordnung und Friede war — uns gleichsam als etwas Unnatürliches erscheinen. Daraus folgt weiter, daß die positiven Quellen des gemeinen Rechts in der Anwendung auf unsere Zeit, welche für den innern Frieden mit Rücksicht darauf, daß jezt alle Einwohner eines Staats in unmittelbarer Beziehung zur Staatsordnung stehen [1]), aufgeklärter ist, als alle früheren Zeiten, mit Vorsicht zu behandeln, und daß daher die wahre historische Kenntniß zur rechten Grundlage des praktischen Gebäudes hier ganz besonders wichtig ist.

I. Römisches Recht.

§. 34.

Soweit unsere Nachrichten in der Geschichte des römischen Volkes reichen, bewähren sie uns eine auf einen hohen Grad antiker Bildung aufgeführte **res publica.** Die Ordnung der Gewalten war ebenso einfach als bestimmt, und es war dadurch, so lange nicht die bürgerlichen Unruhen das ganze politische Gleichgewicht störten, die Erhaltung des gemeinen Friedens leicht. Die Familiengewalt, der festeste Anker für das Staatsschiff, dominirte über die grösste Masse der Menschen, freilich theils willkürlich [2]), theils weniger willkürlich [3]); ebenso waren alle **peregrini** unbedingt der politischen Macht verfallen, und die

---

[1]) Im Mittelalter hing außerordentlich viel ab von dem Unterschiede der gemeinen Freien und der Vogtbaren.

[2]) Sklaven.

[3]) Durch das judicium domesticum.

cives in Rom, an sich von der Nothwendigkeit des inneren Friedens überzeugt [1]), wurden hinlänglich gezügelt durch den privatrechtlichen Weg der Schadensersatz- und Pönalklagen. Schon hier fängt in der alten Zeit das Pönaldeliktssystem an, denn wo keine Beleidigung des populus, senatus und der magistratus war, die freilich auch in dem Morde eines Bürgers sich äußern konnte, wo also nur eine Störung der Rechte der Bürger unter einander statt fand, war das judicium des Prätors begründet und ausreichend. Alle damna vi fraudeve data, a singulis vel in turba, alle injuriae singulorum wurden privatrechtlich abgethan. Es war auch nicht der Gesichtspunkt des Gemeingefährlichen in jener besseren Zeit nöthig und herrschend; der Staat konnte Alles der Verfolgung des Gekränkten, die Einziehung einer streng privatrechtlich normirten Strafe (pecunia) dem Privatmann überlassen. Die res publica hatte es nur mit Ehrenmännern, nicht mit Gesindel zu thun, und dadurch machte sich der innere Friede, die innere Ordnung leichter, und jeder Exceß wurde wie eine gewöhnliche Rechtsverletzung angesehen. Vorübergehende bürgerliche Unruhen änderten daran Nichts; als diese aber in Folge der verlezten Staatsordnung bleibend wurden, und damit die Verwilderung der gebildetsten Bürger schnell eintrat, als die Gewalt über eine große Anzahl von Sklaven die Ausbrüche der Eigenmacht gegen Andersgesinnte so leicht möglich und gemeingefährlich machte, da wurde Rom der Schauplatz des gestörten innern Friedens auf eine so eigenthümliche Art, daß Alles, was damals verfügt wurde, nur auf die Römer jener Zeit paßt, und ohne gänzliche Umarbeitung, wobei das ursprüngliche Recht bis zur vollsten Unkenntlichkeit entstellt ist, auch dem Namen nach wieder hätte untergehen müssen. Daher kömmt es hauptsächlich, daß dasjenige, was über das crimen de vi im Corpus juris steht, eine ganz andere Richtung hat, als nach der Ueberschrift in den Pandekten und im Codex, die sich auf die leges juliae bezieht, angenommen werden möchte.

Doch zunächst müssen wir das Verhältniß der Jurisprudenz aus den leges, wodurch das neue Kriminalverfahren und

---

[1]) Durch bloßen Trotz in Auszügen, nicht durch andere und rohe Gewalt äußerte sich frühzeitig die Eigenmacht der Römer.

Kriminalrecht gebildet wurde, zu dem ältern Rechte ins Auge fassen. Wenn schon in den XII Tafeln das **incendium** als eine gemeingefährliche Handlung vorkömmt und die Todesstrafe (nicht **infelici arbore**, sondern durch **crematio**) darauf stand, während es keine **lex de incendiariis** der späteren Zeit gibt; so muß man wissen, daß ursprünglich das judicium über den Tod im Allgemeinen **judicium parricidii vel perduellionis** hieß, die todeswürdigen Fälle aber theils benannt waren, wie hier bei der Brandstiftung, theils nicht [1]); daß sodann, als dieses alte Capitaljudicium abkam, die einzelnen Fälle desselben nach der Lage der Zeit und Umstände, keineswegs aber, wie bei uns, im Wege der allgemeinen Codification besonderen **judiciis** zugewiesen wurden, wobei es möglich ward, daß eine und dieselbe Handlung nach mehrfachem Standpunkte mit Strafe angesehen werden konnte, z. B. die Brandstiftung nach der **lex majestatis, homicidii, de vi**, indem man nämlich den Geist der einzelnen **leges**, d. i. ihre positive Tendenz in Beziehung auf die strafwürdige Handlung untersuchte. Am vieldeutigsten ist dem Worte nach die **vis**; allein gerade in der Zeit, wo die **leges de vi** gegeben wurden, machte dieß die wenigste Verwirrung, indem man dem Begriffe im Verständnisse der Zeit und der Verhandlungen über die **lex** am nächsten war, und indem man sogar für einzelne prägnante Fälle durch eine auf diesen Fall berechnete **lex** half [2]). Daß übrigens die **leges de vi** nicht nach ihrem bloßen Wortverstande aufgefaßt wurden, wie z. B. das in der **lex plotia** oder **lutatia** gegebene gemeine Recht, d. h., daß man sich nicht bloß an die in der **lex**

---

[1]) So stand auch in den XII Tafeln: **Ne quis in urbe coetus nocturnos agitaret**, und wahrscheinlich konnte darauf hin auch das Perduellionsjudicium erhoben werden, was Cicero gegen Catilina benutzen wollte. **Portii Latronis declam. in Catilinam c. 16.** bei **Madai de vi publ. et priv. p. 28.**

[2]) Siehe über die **lex Pompeja de vi** Wächter im Archiv XIV. Bd. S. 26 ff. Im Uebrigen war der Fall, welcher dieser lex zu Grunde lag, so eigenthümlich und politisch, d. h. so berechnet auf Unterdrückung eines politischen Scandals, worunter im Parteienkampf die Ordnung sich aufzulösen drohte, daß man die Sache als einen Exceptionsfall bei revolutionären Bewegungen ansehen muß. Das Thema ist am weitläufigsten, wenn auch einseitig behandelt, in Cicero's **Rede pro Milone.**

enthaltenen Fälle als singuläre Fälle hielt, ja daß diese Fälle nirgends einen abstracten Gegensatz zu Fällen anderer leges bildeten [1]), beweiset Cicero, der sagt, die lex de vi gehe in eos, qui universam rempublicam oppugnassent, aber auch gegen jene qui cum telo fuerint, woraus man, seyen die Aeußerungen auch unjuristisch und unbestimmt, doch erkennt, daß die lex de vi ein weites Feld der Interpretation zuließ, wie die deutsche Ansicht vom Landfriedensbruch, und daß es gerade der Zweck der lex war, alle gefährlichen Unternehmungen der Eigenmacht darunter bringen zu können, wobei der ganze Zustand des Gemeinwesens in jener Zeit nicht befürchten ließ, daß unbedeutende Handlungen vor ein solches Gericht gezogen werden würden.

Es handelt sich sofort nicht so sehr darum, ob durch Cajus, Julius Cäsar oder durch Augustus die beiden leges gegeben sind [2]), welche noch in unserm Corpus juris commentirt wurden, als vielmehr darum, wie der in jeder Beziehung so wichtige Unterschied zwischen vis publica et privata entstanden ist. Alle Spuren zur sichern Auffindung dieses Unterschiedes trotz der Bemühungen der Juristen von Cujacius bis auf Madai und Petermann sind vergeblich, auch die Philologen liefern keine Ausbeute. Nur das ist gewiß, daß unter den späteren Imperatoren der alte Unterschied seine Bedeutung bis auf die Größe der Strafe ganz verloren hatte, daß aber in Hinsicht auf diese sowohl in den Constitutionen als in der Compilation der Pandecten eine Art der Zusammenstellung von Fällen stattfand, wie sie aus dem hergebrachten Materiale für die Praxis jener Zeit paßte, und wie bereits in meinem Lehrbuch, auch bei Feuerbach erkannt war und von den Neueren anerkannt wird. Damit aber ist die historische Frage nicht gelöst, zu deren Beantwortung wir Folgendes als dienlich halten:

---

[1]) Unsere Nachrichten über die lex lutatia oder plotia sind so unbestimmt, die historischen Ueberreste so verarbeitet, die pragmatische Bedeutung nunmehr so weit gebracht, daß wir hier auf die Arbeiten unserer Vorgänger provociren können, Philologen und Rechtsgelehrte, zuletzt Wächter a. a. O. §. 10.

[2]) Darüber die neueren Schriften seit Cropp de conatu, namentlich Wächter im Archiv, und die Dissertationen von Madai und Petermann.

Vor den **quaestiones perpetuae** war **judicium publicum et privatum de vi**; das erstere bei Angriffen auf die **res publica**, auch bei Excessen der öffentlichen Gewalt gegen Einzelne [1]), denn diese verlezten die politische Freiheit und die **res publica**, bei Brandstiftungen und Gewaltthätigkeiten in Volksunruhen oder Raufhändeln der Parteihäupter [2]) u. s. w.; das andere in allen diesen Beziehungen hinsichtlich des Privatinteresses, aber auch in allen weniger bedenklichen Fällen zum Schutze der Privatrechte. In dieser leztern Hinsicht war das prätorische Edikt von Bedeutung, welches durch Interdikte **de vi et vi armata**, ferner durch **actiones in factum** wegen **bona rapta coactis hominibus, damna data in turba, incendio, ruina, naufragio**, wegen **sepulcra violata** zu helfen suchte [3]). Als man **leges de vi et majestate** zu geben anfing, war es natürlich, daß man nur die auf das Gemeinwesen und dessen Erschütterung sich beziehenden Richtungen im Auge hatte, wobei sogar die Anwendung des prätorischen Rechts nicht möglich war, indem von einer Entschädigung und Privatgeldstrafe hier nicht die Rede seyn konnte. Da man aber in den Zeiten Cicero's laut aussprach: **Vis abesto: nihil est enim exitiosius, nihil tam contrarium juri et legibus** [4])... da sollten auch die Fälle des **judicii privati**, d. i. des Edikts in das **judicium publicum** gezogen werden können, wenn das öffentliche Interesse es erforderte. Diese im Edikte bestimmten Fälle sind die Fälle der **vis privata** nach der natürlichsten Deutung des Worts, wodurch ebenso der Begriff von **vis** [5]), als

---

[1]) In dieser Beziehung enthalten die l. 7. und 8. D. 48. 6. genuine Worte der lex julia de vi publica.

[2]) Vielleicht war hier Zweifel, weil Pompejus seine lex gab — vielleicht aber wollte er nur das Verfahren über den vorliegenden Fall schnell reguliren.

[3]) Dig. 47. 8, 9. 12. hier finden sich überall die genuinen Stellen des Edikts.

[4]) De legg. lib. 3. c. 18.

[5]) Der Prätor hatte bei den Interdikten und bei den einzelnen actiones den Begriff sehr genau bestimmt: dort war eine vis atrox nöthig, d. h. eine auf die Person wenigstens mittelbar gehende Gewalt; hier kam es auf die einzelnen actiones an, z. B. bei den Pönalklagen war nicht immer vis atrox nöthig, beim damnum genügte die Gewalt an Sachen.

der Umfang in Hinsicht auf öffentliche Strafe, klar wird, wenn man nur dazu nimmt, daß nicht jede vis privata, sondern nur eine solche, wo das öffentliche Interesse in concreto erkennbar war, wie hier fast überall das Concrete im römischen Rechte entschied, ins crimen gezogen werden konnte. Auf eben diese Weise stand es bei den injuriae [1]); denn C. Cornelius Sulla gab auch neben dem judicium privatum des Edikts ein judicium civile, oder vielmehr er bestätigte für einzelne Fälle das judicium privatum bei Gelegenheit einer lex de judicio publico. Hieraus folgt, daß der Ausdruck vis publica et privata nicht auf einer begriffsmäßigen Unterscheidung beruhte, sondern daß neben den in der Praxis anerkannten Fällen der vis, welche sich zum judicium publicum eigneten, auch die Fälle der vis privata zur öffentlichen Kognition gezogen werden sollten. Daher kömmt es auch, daß der Gegensatz nur jener Zeit angehört, wo die Hervorbildung des crimen de vi privata aus dem Edikt gleichsam erfolgte, denn unter den späteren Imperatoren kömmt er nur zu dem Zwecke vor, um schwerere Fälle von leichteren zu unterscheiden; daher erklärt es sich ferner, warum man gerade bei der vis privata von der Konkurrenz des judicii privati et publici sprach, die freilich praktisch erst dann besonders wichtig wurde, als die kaiserlichen Beamten bei criminibus ex officio zugriffen [2]).

Um übrigens den schwierigsten Punkt im römischen Kriminal-Rechte, eben die allgemeine Bedeutung des crimen de vi, gehörig

---

[1]) Die Allgemeinheit der Begriffe vis et injuria ist sich hier höchst ähnlich. Nur tritt die vis mehr in der Art der Handlung, die injuria mehr in der Art der Gesinnung vor. In der vis ist auch eine injuria, nicht aber in der injuria eine vis. Nur wenn die Injurie etwas Violentes hat, z. B. als Verletzung des Hausrechts, als illatio manus, als Verachtung einer persona publica (Obrigkeit) scheint sie nach L. Cornelius Sulla von besondern Folgen des Gesetzes getroffen worden zu seyn, aber immer noch nur auf den Antrag des Beleidigten, daher die actio injuriarum Cornelia ein Privatjudicium ist. Hieher ist bis auf die neueste Zeit der Eindruck geblieben, bei Injurien könne der Richter nur auf Antrag des Injurirten handeln. Es hängt dieser Punkt aber mit den allgemeinen Ansichten von den criminibus extraordinariis zusammen. l. ult. D. 47. 10. Davon an einem andern Orte.

[2]) L. un. Cod. 9. 31.

zu begreifen, ist einiger Blick auf den innern politischen Zustand des Volkes, der römischen Welt, und auf die damaligen Grundsätze der Erhaltung der innern Ordnung nöthig. Der Gegensatz der öffentlichen und Privatgewalt, des Staats und der Familie, des öffentlichen und des Privatguts, mit der unvergänglichen Erhaltung des leztern bei der Familie oder wenigstens im Privatrechte durch das Erbrecht — die Unterwerfung einer großen Masse von Menschen unter die Privatgewalt, Privat- und Erbrecht [1]), die Erhebung des andern Theils zu besondern Gewalthabern, auf die unmittelbar allein das öffentliche Recht sich bezog, namentlich das öffentliche Strafrecht, machte die Lage der Dinge ganz anders, als sie in unsern Tagen ist. Diesen Verhältnissen ist es zuzuschreiben, daß die meisten Unrechtlichkeiten keine staatsgefährliche Seite hatten, und daher dem Privatprozesse überlassen werden konnten, und daß daher das System der **delicta privata** aus dem Standpunkte der Injurien, und einzelner besondern Arten, nämlich der heimlichen und gewaltsamen **contrectatio bonorum**, des sonstigen **damni dati**, und der übrig bleibenden Angriffe auf die Persönlichkeit Einzelner so eigenthümlich gebildet werden konnte. Diese Delikte, wenn sie von Familienangehörigen an andern Familien begangen wurden, mußten vom Familienhaupte privatrechtlich vertreten werden. Als freilich späterhin eine große Masse Freigelassener, als die Erweiterung des römischen Bürgerrechts, die Vermischung mit allen Nationalvölkerstämmen der Erde die alte republikanische Grundlage veränderte, blieben wohl die ererbten rechtlichen Formen, wegen deren man auf die Civität noch stolz war; aber die bürgerliche Solidität und Moral war nicht mehr da, und so wurde man genöthigt, Delikte des Privatrechts als öffentlich strafbar, wenn gleich nicht allgemein, sondern nur unter schwankenden Umständen [2]) im Genius des Imperatoren-Regiments zu erklären. So wurden nicht nur einzelne Arten von Entwendungen und Gewaltthaten für öffentlich strafbar gehalten, sondern der Kreis solcher Unrechtlichkeiten durch die Bestrafung gemeiner Betrügereien erweitert, und

---

[1]) Nicht ohne inneren Grund bedeutet familia den ganzen Inbegriff des Privatrechts, welchen der civis hat.

[2]) Ex persona vel causa sagen die Juristen l. ult. D. 47, 10.

überhaupt den Richtern freigegeben, alle privatrechtlichen Delikte, wenn sie ex persona oder causa gravirend erschienen, vor das öffentliche forum zu ziehen. In Hinsicht auf die Personen war dann auch in Rechtsverfolgung und Strafe der Unterschied zwischen humiliores und honestiores entstanden, und überhaupt eine große Umwandlung im Geiste des öffentlichen Strafrechts vorgegangen.

Was dieses leztern Anfang und Entwicklung betrifft, so ist mit der Einrichtung der quaestiones und der Entstehung der diesen entsprechenden leges die Richtung interessant, welche nach dem Unterschiede der allgemeinen Deliktsarten von jenen, welche sich auf besondere Einrichtungen des römischen Staats bezogen, hervortrat. Es ist, was unsere Darstellung betrifft, hier jedoch überall im Leben derselbe Gedanke leitend und erkennbar: Die Geschichte und die Natur bilden nicht so, wie wir das Gebildete auffassen, sie haben kein System; aber der Bildungstrieb hat seine feste Grundlage, und man kann die Werke der Bildung in einem Systeme überschauen. So sind unter vielfachen zufälligen Konstellationen die einzelnen leges quaestionum ohne Ordnung in den Materien und in der Zeitfolge hervorgegangen, aber als die Bildung vorüber war, konnte man die inneren Grundlagen des Bildungstriebes, die den Gesetzgebern selbst im Systeme nicht gegenwärtig waren, herauserkennen, wie in allen Erscheinungen der Geschichte und Natur den höhern Geist. Also haben wir

I. als crimina juris gentium die Angriffe auf die Persönlichkeit des Staats (majestas) auf den innern Frieden aller im Staate wirkenden Kräfte (vis), namentlich auf die physische Integrität der physischen Wesen (homicidium), ferner die Angriffe auf Sittlichkeit (adulterium), auf Treu und Glauben (falsum). Daß die Religion weniger bedacht ist, kann nicht etwa der aufgeklärten Richtung des Alterthums, als vielmehr dem Umstande zugeschrieben werden, daß als sich die leges formten, die Religion gering gehalten wurde, und die christliche Religion gerade durch diese Geringhaltung zu ihrer heiligenden Verbreitung erst allmälig berufen wurde.

II. Als crimina, welche sich auf die besondere Einrichtung des römischen Gemeinwesens beziehen, haben wir wegen der Sklaverei das plagium, wegen der Versorgung der Hauptstädte

das crimen annonae, wegen der eigenthümlichen Verwaltung den ambitus, die repetundae und residuae, und endlich wegen des Schutzes des öffentlichen Vermögens überhaupt, wofür das judicium privatum nicht genügend war, zumal dieses Vermögen außerhalb Rom größtentheils lag, und nicht zum patrimonium privatum gerechnet wurde, den peculatus. Diese crimina Romanis propria haben daher alle in Beziehung auf unser deutsches Recht mehr eine blos analoge, wie eine wahrhaft direkt praktische Bedeutung.

Wenn wir nun auf die allgemeinen Verbrechens-Richtungen unter Nr. I. zurückkehren, so finden wir das System so einfach, daß es auch von dem in unserer Zeit angenommenen nicht abweicht, aber eigenthümlich bleiben besonders bei der vis die Zusammenhänge und Berührungen mit dem Privatrecht, wo hingegen man in jener Zeit Nichts von unsern polizeilichen Grenzpunkten wußte. So war wiederum natürlich eine vis publica et privata zu einer Zeit zu unterscheiden, wo noch die Hauptrichtung des Deliktwesens im jure privato lag, und wo man gleichsam nur ausnahmsweise wegen der Zügellosigkeiten der vornehmen und der entarteten Bürger in den bürgerlichen Unruhen den Arm des öffentlichen Strafrechts gebrauchen mußte. Unter den späteren Imperatoren wurde dieß freilich anders: jede violentia war hier gefährlich, und gleichsam publica, woher auch so wenig in den Konstitutionen, wie in den Arbeiten der Juristen genaue Rücksicht auf den alten Unterschied mehr genommen wurde. Endlich aber mögen die Kompilatoren hier besonders nachlässig verfahren seyn, wie die Einsicht der treffenden Pandektentitel bewährt.

Dabei ist noch wohl zu erwägen, daß manche in den Schriften der Gelehrten aufgeführte casus nicht in der ursprünglichen lex enthalten waren, sondern weil die Strafe der lex auf sie angewendet wurde, als dazu gehörig angesehen sind; z. B. scheinen die Fälle der stupratio pueri, und viele andere Unzuchtsfälle nicht zum crimen adulterii gehört zu haben; war aber eine Gewaltthat dabei vorgekommen, so stellte sie die Interpretation zum crimen de vi, und zwar der Größe der Strafe wegen de vi publica [1]). Dieß schließen wir vorzüglich daraus, weil

---

[1]) L. 3. §. 4. L. 5. §. 2. L. 6. D. 48 6.

solche Handlungen ohne vis nur extra ordinem bestraft werden konnten, folglich sie zum crimen adulterii nicht gerechnet seyn können [1]).

In der lex Julia de vi publica scheinen daher nur folgende Fälle fest bestimmt gewesen zu seyn:

a) der Mißbrauch, welchen Jemand von der ihm zustehenden öffentlichen Gewalt macht [2]),

b) die Erregung einer turba oder seditio (wir meinen die convocatio) besonders wenn Bewaffnung dabei statt fand [3]);

c) jede Eigenmacht, verübt mit bewaffneten Leuten, sowohl an Personen als an Sachen [4]).

Von einem besondern verbrecherischen animus hing dabei Nichts ab.

Daß, außer dem ersten Fall, das Meiste auf die Bewaffnung ankam, zeigen die beiden andern Fälle, woher Justinian den ganzen Unterschied der vis publica und privata am Ende in die Bewaffnung setzen mochte [5]).

Die übrigen Fälle, namentlich die Brandstiftung, Festhaltung und Belagerung einer Person, die Gewalt bei Begräbnissen und an Grabmälern, die Widersetzlichkeit gegen die Richter waren alle im Edikt bedacht, also vis privata, und scheinen erst durch Praxis allmälig auch mit der Strafe der vis publica belegt worden zu seyn; denn anfangs war man gewiß mit der Strafe der vis privata zufrieden, weil gerade für diese und ähnliche, wenn auch weniger schwere Fälle, z. B. bei der Beschädigung in naufragio, durch einfache, d. i. nicht bewaffnete Gewalt, wenn auch convocatis hominibus, also überhaupt wohl für die Ediktsfälle die poena de vi privata, die ja auch nur eine Geldstrafe, wenn auch eine öffentliche war, eingeführt scheint.

---

[1]) L. 1. §. 2. D. 47. 11. Im pr. ist nur vom Versuch die Rede, im §. 2. aber auch von der Perfektion, was hier die Vollendung des Verbrechens bedeutet. Es beweist auch das Reskript in der l. 6. D. 48. 6. etwas für uns.

[2]) L. 7. 8. D. h. t.

[3]) Schon das Aufsammeln der Waffen zu einem gewaltsamen Zweck war genug l. 1 D. h. t.

[4]) L. 3. §. 2. 6. 9. 10. §. 1 D. h. t.

[5]) §. 8. J. 4. 18.

Die hier zulezt angeführten Fälle sind noch in den Pandekten als Fälle der vis privata bezeichnet [1]), aber auch hier ist allmälig durch Senats-Konsulte und Interpretationen Erweiterung eingetreten, wie z. B. durch das SC. Volusianum, durch Beiziehung der durch das Edikt des Divus Marcus verpönten Rechtshülfe ohne Richter [2]).

Daß man jedoch nicht über die durch Gesetz und Gerichtsgebrauch bestimmten Fälle hinausgehen dürfe, zeigt noch Paulus, welcher bei der **quaestio de alterius servo** räthet, lieber das Rechtsmittel des prätorischen Edikts zu gebrauchen [3]). Hiebei sieht man auch, daß ein feines Studium des Rechts noch in der justinianischen Zeit nöthig war, eine auf historische Kenntniß gebaute Kasuistik, um über die Strafbarkeit einer Handlung zu entscheiden, und daß so wenig ein kompendiarischer Begriff, als die Abstraktion der modernen Kodification zum Ziele führte. Auch war es nicht gleichgültig, ob Jemand nach dem **crimen de vi privata** oder nur **extra ordinem** condemnirt wurde, denn dort wurde er **infamis**, d. h. er verlor seine politischen Rechte [4]), was hier nach der Analogie zu andern gleichen Fällen nicht eintrat [5]). Und so fühlen wir heutzutage durch das Licht der geschichtlichen Aufklärung des römischen Rechts erst wieder, wie fein geregelt selbst in den Zeiten des Despotismus das römische Strafrecht war.

Freilich ging Manches von diesen Feinheiten unmerklich gleichsam mit dem Verschwinden der politischen Freiheit, dem Aufhören des aristokratischen gebildeten Bürgerthums, dem Untergange alter Rechtsweisheit und der allgemeinen Mischung der Menschen verloren, und wir sehen namentlich im Codex, daß seit Constantin dem Großen nicht mehr der feste Unterschied zwischen **vis publica et privata**, nicht einmal die genaue Bedeutung der vis mehr bestand, die **l. 6. Cod. 9. 12.** fängt nämlich so an: **Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur**; und der Ausdruck **violentia** wurde technisch [6]), eben so

---

[1]) **L. 1. §. 1. 2. l. 2. l. 4. 5 D. 48. 7.**
[2]) **L. 6—8 D. h. t.**
[3]) **L. 4. §. 1 D. h. t.**
[4]) **L. 1 pr. D. h. t.**
[5]) **L. 2. D. 47. 20. cfr. l. 3. D. 47. 11.**
[6]) **L. 8. cod. 9. 12.**

etwa wie rapina. Also nicht mehr die Art der Rechtsverfolgung und die Quelle ihrer Begründung hatte Einfluß auf den Begriff, wie in dem Worte judicium bonorum vi raptorum, judicium *publicum* de vi *privata*, wo das Wort publicum die Auszeichnung des eigentlichen Verbrechens das Wort *privata* das Herübernehmen der Fälle aus dem Edikt und aus dem judicio privato bedeutet; sondern die grobe äußere Form der Handlung, die unjuristische Bedeutung des Lebens, der unbestimmte Ausdruck violentia wurde allein erwogen. In einer solchen Zeit der wissenschaftlichen Unverlässigkeit auf der einen Seite, der despotischen Willkür auf der andern konnten solche Lehren, welche an sich die feinste Berücksichtigung des Verstandes, der Unterscheidung und Casuistik voraussetzen, nicht gedeihen. Nur der wiedergewonnene tiefere Blick in das römische Alterthum, die Einsicht des Zusammenhangs des ganzen Rechtssystems der Römer, die feinere Würdigung der einzelnen Arten der gemeingefährlichen Handlungen, nach den Ansichten und Bedürfnissen unserer Kultur, wird die Lücke ausfüllen lassen, welche in unserer Lehre bis auf die neueste Zeit bestanden hat. Seit 15 Jahren hat man daher auch viele Kräfte den Untersuchungen über das crimen de vi zugewandt, und der Verfasser dieses Buchs freut sich, der Erste gewesen zu seyn, welcher in seinem Lehrbuche auf die Ausfüllung dieser Lücke einigen Bedacht genommen hat.

Schließlich macht er nur noch auf folgende Punkte aufmerksam:

1) Vergeblich sind alle Bemühungen, die Kasuistik der **lex Plotia** oder der **leges Juliae** aufzusuchen. Die Konjekturen Wächters, wenn sie auch auf Zeugnisse einzelner Stellen hingeführt werden, befriedigen deßhalb nicht, weil ihnen die Wächter'sche unbestimmte Idee von einer Art von **publica causa**, die Augustus in den meisten Beziehungen gefunden haben möge, nicht gehörig entspricht, und weil die Zeugnisse römischer Juristen zum Theil widersprechend sind, zum Theile nicht genau genug auf die ursprüngliche Zeit der **leges** lauten, indem von Paulus und Ulpian schon alle Nachträge der SCta und Interpretation in den Ausdruck verarbeitet waren „hac lege tenetur“ [1]). Auch

---

[1]) Das nova vectigalia exercere war gewiß erst durch Interpretation strafbar l. 12 D. 48. 6.

dürfte nicht einmal der Punkt sicher zu bestimmen seyn, ob zwei besondere **leges** da waren, oder ob die **lex de vi** nur in zwei großen Abtheilungen bestand, oder ob die 90 Kapitel der **lex de vi** fortlaufend, d. i. ohne besondere Unterscheidung, die beiden Richtungen darstellten.

2) Eben so wenig läßt sich etwas genau Spezielles über die Fortbildung der einzelnen Fälle, die später nach der **lex de vi** bestraft wurden, angeben, wenn man auch den Namen eines hieher gehörenden **SCti** kennt, oder weiß, daß einzelne Handlungen, z. B. **stupratio violenta** erst später hereingezogen wurden.

3) Aber gewiß ist, daß, als die Fälle des **judicii privati** criminell wurden, man nicht mehr auf die wirkliche Beschädigung als wesentlichen Punkt achtete, sondern auch die vorbereitenden Handlungen schon strafbar fand nach dem römischen Kriminalrechtsprinzip, woher es denn kömmt, daß die Strafbarkeit des öffentlichen Rechts ausgedehnter ist, wie die des **judicii privati**, und daher das Tragen der Waffen unter Umständen, wie bei der **lex cornelia de sicariis** schon als **crimen** erscheint; dieß darf dann nicht zur Annahme neuer **species** oder zur Erweiterung der Kasuistik verführen, sondern es liegt solchen Einzelnheiten immer das Prinzip zu Grunde, daß, wenn auch die als **vis privata** erscheinende Handlung keine Läsion enthält, sie doch gestraft wird.

4) Oft hat man allgemeine Aussprüche, z. B. den der **l. 152 D. 50. 17. hoc jure utimur, ut, quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut privatae crimen incidat** mißverstanden, indem man jede Drohung, jede Unart dahin ziehen wollte; aber soviel geht hervor, daß schon die Römer, nicht etwa wie die Engländer, sich an ihre Kasuistik fest banden [1]). Gewiß unrichtig aber ist die Ansicht Wächters, daß schon die Römer nur den Angriff auf die Person als **vis** angesehen, und also unter dem **crimen de vi** das moderne Verbrechen der verletzten persönlichen Freiheit verstanden hätten. Man darf nur an den Widerstand gegen öffentliche Behörden, an das Erbrechen von unbewohnten Villen, an die Konkurrenz mit der **causa dominii vel possessionis** denken, um ohne besondere Unterscheidung des

---

[1]) Die Römer hielten immer viel auf die **vis et potestas legis** im Gegensatz der **verba l. 17 D. 1. 3.**

Objekts der Gewaltthätigkeit nur soviel als wahr anzuerkennen, daß eine Gefährlichkeit der Unternehmung natürlich für den Staat und seine Bürger da seyn mußte, was aber noch sehr verschieden ist von der Absicht, einem bestimmten Subjekte körperliche Gewalt anzuthun. Daher hängt in der Frage, ob bei der Selbsthilfe das crimen de vi konkurriren könne, wie bei der ebenerwähnten Konkurrenz zur causa dominii vel possessionis Alles davon ab, ob die Unrechtlichkeit ungefährlich oder ob sie so excedirend ist, daß eine Bedrohung der allgemeinen Staats- und Privatsicherheit zu besorgen war.

5) Der Geist der alten römischen res publica fing von der Zeit an gänzlich zu entweichen, als mit der Verlegung des Regierungssitzes nach Konstantinopel orientalische Sitten und Menschen von neuen Einrichtungen und Gesetzen regiert werden mußten, und der entartete Occident von Sittenlosigkeit und den Folgen der Völkerwanderung aufgelöst, diesem schlimmen Loose folgte. Konstantin der Große publizirt daher mehrere Gesetze über die Bestrafung des crimen violentiae, und verfügte die Todesstrafe, wenn bei solchen Gewaltthaten Jemand ums Leben gekommen sey, ohne Rücksicht darauf, wer den Tod in concreto verursacht habe, ja es scheint, daß selbst ohne solche lethale Folge gefährliche Gewaltthätigkeiten für todeswürdig gehalten wurden. Justinian im Codex hat freilich die Sache so aufgestellt, daß die Todesstrafe nur eintreten soll, wenn Tödtung stattgefunden hat, und es scheint, daß dieser Kaiser diese Art des Verbrechens nicht für eine gewöhnliche vis, sondern für eine qualifizirte Art derselben ansehen wollte, weil in den Pandekten der Fall si homo occisus est von dem Falle des bloßen Schlagens und der Verwundung ausdrücklich unterschieden ist [1]), und dieß durch einen Zusatz der Kompilatoren, was Wächter scharfsinnig vermuthet, erst geschehen seyn mochte, wie selbst die grammatische Konstruktion, und der Umstand, daß man auf die Abscheidung der leges de vi und de sicariis ursprünglich gewiß nicht bedacht war, darzuthun scheinen. Ueberhaupt sieht man, daß in der Justinianischen Jurisprudenz die alten leges nur die Bedeutung hatten, die Strafwürdigkeit der einzelnen Verbrechen anzuzeigen, indem

---

[1]) L. 10 §. 1. D. 48, 6. L. 2. D. 48, 7.

sowohl die prozessualische Richtung als der Umstand, daß nur ex legibus öffentlich gestraft werden konnte, längst verloren gegangen war. Auch nur in dieser Beziehung ist der Unterschied zwischen vis publica et privata die schwereren und leichteren Fälle darstellend, beibehalten, und dazu läßt sich recht gut der schwerste Fall noch denken, wo Jemand um das Leben gekommen ist. Auch ist es erklärlich, daß die durch Sklaven verübten Gewaltthätigkeiten durch eine besondere Konstitution ohne weiters als todeswürdig aufgestellt sind [1]).

II. Germanisches Recht.

§. 35.

Der Ursprung des Rechtszustandes unter den germanischen Völkern ist in der Friedensverbindung. Die Genossen des gemeinen Friedens waren Rechtsgenossen, sie gebrauchten zur Verfolgung des Unrechts ihre Freiheit (Fehde) oder sie verlangten Komposition, indem sie freiwillig dem Spruche der Genossen in einem Gerichte, welches der Graf abhielt, sich unterwarfen. Das Unrecht war so Friedensbruch, der unrechtthuende war Friedbrecher [2]), woraus unzweifelhaft das Wort Verbrecher kömmt. Fehderecht und Kompositionenwesen gingen so nebeneinander fort als Privatsache und Privatrecht [3]).

Aber sehr bald kamen besondere Befriedungen auf, und die sich hervorbildende königliche Gewalt entwickelt darauf hin eine Art öffentlicher Strafgewalt. Die besondere Befriedung tritt auf eine zweifache Art ein.

1) Objektiv, indem gewisse Dinge des besondern Schutzes genießen sollten.

2) Formell, indem die schwereren Verletzungen causae graviores nicht bloß mit der Komposition abgethan werden,

---

[1]) L. 8. Cod. 9, 12.

[2]) Der ist Friedbrech. Rudolph I. Landfried zu Nürnberg 1281 bei Ohlenschläger goldene Bulle, Urkundenbuch S. 129.

[3]) Ueber diesen Zustand verbreitet sich kurz aber sehr gut Eichhorn, I. S. 419—25; weitläufiger und genauer Woringen Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts. Berlin 1835.

sondern dazu eine Strafe an den königlichen Fiskus (fredus) nach sich ziehen sollten [1]).

In der ersten Hinsicht gab es den besondern Frieden der Kirchen, Wittwen, Waisen und Minus Potentes, ferner einen Gerichts-, Pflug-, Deich- und Hausfrieden; auch ging der besondere Königsfriede auf den Schutz der Umgebung des Königs und derjenigen, welche zum König wollten, oder vom König kamen, ferner und allmälig auf alle Verletzungen, welche zu gewissen Zeiten und an gewissen Orten (Heerstraße) geschahen. Endlich aber, und dieß ist das wichtigste, waren aus dem andern Standpunkte alle besonders schlimmen Frevel der königlichen Gerichtsbarkeit und Gewalt verfallen [2]).

Die weitere Entwickelung des Königsfriedens durch den Königsbann, welcher sich durch Befehl, Gericht und Strafe äußerte, und die königliche Oberherrschaft besonders begründete, ist es nun, welche die Geschichte vom Aufhören der Karolingischen Herrschaft bis zu Maximilian I. ausfüllt, und zulezt noch in der Gesetzgebung der Landfriedensordnungen hervortritt, deren Zweck war, nach dem Stande der Zeit gemeingefährliche Unternehmungen aller Art zu beseitigen, namentlich aber das System der Eigenmacht, das Fehderecht, in Deutschland zu beschränken und nach und nach abzuschaffen.

Die eben angeregte Periode läßt sich in zwei Zeiträume abtheilen, in denjenigen, wo das fremde Recht noch keinen Einfluß hatte, und in den späteren. Im ersten Zeitraume hatte man besonders das fränkische und sächsische Recht, jenes hervorgebildet aus den Kapitularien, alten fränkischen Volksrechten, und der Regiminalwirksamkeit der Könige, dieses als Modifikation und erhaltenes Partikularrecht. Das erstere war nämlich das gemeine oder Kaiserrecht [3]); aber es ist eben wegen des Vordringens

---

[1]) Ob ein fredus früher an die Friedensverbindungen bezahlt wurde, ist zu bezweifeln, obgleich man sich des Gegentheils wegen auf die lex Frisionum beruft. A. M. ist v. Woringen S. 90 ff.

[2]) Nur diese causae majores nennt das praeceptum Ludovici P. pro Hispanis C. 2 homicidae, raptus, incendia, depraedationes, membrorum amputationes, furta, latrocinia, alienarum rerum invasiones.

[3]) Sachsenspiegel III. B. Art. 54. Bei dem Begriffe Kaiserrecht

der fremden Rechte spurloser untergegangen, wie das durch den Sachsenspiegel und die natürliche Bestrebung der Bewahrung dieses Stammrechts etwas mehr gesicherte Sachsenrecht. In dem zweiten Zeitraume suchte die königliche Gewalt durch allerlei mit den Reichsständen verabredete Gesetze einen bessern Zustand herbeizuführen, und hieher gehören besonders die späteren Landfriedensordnungen, deren Bedeutung bei der Hervorbildung ganz anderer Verhältnisse nunmehr ebenfalls fast gänzlich untergegangen ist.

Es ist jedoch der Mühe werth, in die Einzelnheiten der beiden Zeiträume mehr einzudringen:

I. Die Kapitularien der fränkischen Könige erkennen zwar überall das System der Fehde und Komposition an [1]); allein die kaiserliche Gerichtsbarkeit schritt ein, wo gemeine Gefahr sie rief, namentlich bei Räubereien, Brandstiftungen [2]), und zwar nicht nur mit Geldstrafen, sondern auch mit leiblichen und Todesstrafen [3]). Nur herrschte darin der Geist des älteren Rechts, daß man sein Leben oder seine Hand in der Regel mit Geld lösen konnte [4]); im Uebrigen wurde gerade in dieser Zeit das alte System theilweise wankend, indem die **Mandata** und **Praecepta Regis** als wahre Gesetze angesehen wurden [5]). Diese Willkür der **Capitularia** und königlichen Anordnungen war wiederum Ursache, daß dieselben in der späteren Zeit so leicht in Abgang kamen, und alte Gebräuche, oder neue Einrichtungen besonders in den fränkischen Städten durch Einigung der Gewalthaber in

---

muß man nicht die Zeit vergessen, in Beziehung auf welche dieser Begriff gebraucht wird; in der Zeit vor der Geltendwerdung des römischen Rechts bedeutete er das fränkische Kapitularienrecht — später aber das römische Recht.

[1]) Siehe über das dreifache Wehrgeld eines Comes in cap. III. ann. 813. c. 6.

[2]) Eichhorn I. 829 spricht von den drei peinlichen Verbrechen der Kapitularien: Mord, Raub, Brand.

[3]) Cap. ann. 779. c. 23. cap. 2. a. 813. c. 11 et judices atque vicarii patibulos habeant.

[4]) Eichhorn S. 833.

[5]) v. Woringen S. 165. Daher kam Manches hier vor, was in das gemeine Recht gar nicht paßte, z. B. si quis chartam falsam fecerit c. 5. a. 803. c. 13.

denselben hervortraten [1]). Unstreitig bestand daher die Gerichtsbarkeit der gemeinen Gerichte neben der königlichen Gerichtsbarkeit fort, wie von Vielen bewiesen ist. Der Graf konnte namentlich den erschienenen Friedbrecher von dem gemeinen Gerichte richten lassen, aber ihn auch unter Königsbann vorladen [2]), und die Acht aussprechen. Allmälig kamen dazu außer den städtischen Gerichten (die ursprünglich selbst Immunitätsgerichte waren) die andern Immunitätsgerichte und die Lehens- und Hofgerichte. Diese lezteren beide hatten zwar keine Strafgewalt, und es mußte denjenigen, welche Immunitätsgerichte hatten, die Grafengewalt ausdrücklich verliehen seyn, wenn sie den Blutbann ausüben sollten; allein die Immunitätsgerichte waren vielfach hinderlich, und die Lehens- und Hofgerichte machten die Sache oft mit Felonie und Konfiskation ab, so daß der Friedensbruch nebenan gesezt blieb, was freilich nach klarer Bestimmung des Sachsenspiegels nicht eintreten sollte [3]). Im Sachsenspiegel selbst, der aber sicherlich hierin nichts Eigenthümliches hat, sondern seine Ansichten mit den andern Rechtsbüchern theilt [4]), tritt noch ganz das bis hieher geschilderte Recht hervor. So ungeordnet dieß Rechtsbuch ist, und so gewiß man den Geist des in demselben herrschenden Rechts nur durch Vergleichung des Einzelnsten erkennt, so sicher erscheint in ihm folgendes System des Strafrechts. Unzweifelhaft nämlich:

1) steht noch der privatrechtliche Charakter im Fehderecht und Kompositionenrecht da. Man kann sein Recht in offener Fehde verfolgen [5]), wenn diese nur drei Tage zuvor gehörig abgesagt, d. i.

---

[1]) Auch kamen schon im eilften Jahrhunderte die Herren gewisser Bezirke über die Ausübung des Fehdenrechts überein, welches der Anfang der Landfriedensordnungen ist. Siehe z. B. die statuta Synodalia Concilii Coloniensis de pace publica vom Jahre 1083. Bei Möser patriotische Phantas. I. S. 320 und Chapeauville in hist. Leod. tom. II. pag. 38.

[2]) Dedimus potestatem comitibus bannum mittere Cap. de part. Sax. a. 791. c. 31.

[3]) Sachsenspiegel III. Buch, Art. 8.

[4]) Eichhorn II. S. 750.

[5]) Namentlich ist jeder Gebrauch der Gewalt gegen den Friedebrecher in continenti erlaubt. Sachsensp. B. 2. Art. 69.

verkündigt ist [1]). Die Buße oder das Wehrgeld kommt überall noch vor [2]), wird aber freilich jezt mehr gebraucht, wo ein eigentlicher Friedebruch nicht da ist, wie z. B. bei der Nothwehr, wenn sie nicht vollkommen entschuldigt, d. i. bewiesen werden kann [3]), bei den geringeren Verwundungen [4]); und mit der Buße ist dann immer eine Wette an den Richter verbunden (der alte fredus).

2) Ebenso steht noch der Anfang des öffentlichen Strafrechts in der Verletzung des besonderen königlichen Friedens da. Hier ist dann sehr merkwürdig die oft übersehene Stelle II. Buch Art. 66 [5]). „Nun vernehmet den uralten Frieden, den die kaiserliche Gewalt dem Lande zu Sachsen mit der guten Knechte aus dem Lande Einwilligung bestätiget hat; alle Tage und zu allen Zeiten sollen Pfaffen, geistliche Leute, Jungfrauen, Weiber und Juden an ihren Leibern und Gute Friede haben — deßgleichen Kirchen und Kirchhöfe — und jegliches Dorf binnen seinen Graben und Zäunen [6]) Pflüge und Mühlen und des Königs Straße zu Wasser und auf dem Felde, und Alles was dahin kommt, sollen steten Frieden haben. Heilige Tage und Festtage sind allen Leuten zu Friedenstagen gesezt und dazu in jeglicher Woche vier Tage, Donnerstag, Freitag, Sonnabend und Sonntag.“ Buchstäblich ist dieß der besondere königliche Friede, wie er ex persona, loco tempore schon in den uralten Zeiten vorkam, und wie ja der Sachsenspiegel selbst bezeugt.

3) Aber auch die Bestrafung der causae graviores, die eigentlichen Sachen des Ungerichts [7]), welche mit Strafe an Hals und Hand verfolgt werden konnten, treten wie in der

---

[1]) Landfriede Friedrichs I. von 1187.
[2]) Sachsenspiegel III. B. Art. 45.
[3]) Sachsenspiegel II. B. Art. 14.
[4]) Sachsenspiegel III. B. Art. 37, auch bei der Beherbergung eines verfesteten Mannes III. 23. Bei kleineren Beschädigungen III. 20.
[5]) Schon die Glosse sagt dazu: Diesen Artikel vernemen wenig leut recht.
[6]) Hieher, sagt schon die Glosse, gehört der Hausfrieden.
[7]) Oft auch Unzuchtsfälle genannt. So unterscheidet ein Verzeichniß der Rechtlosen bei Schreiber, Urkundenbuch von Freiburg, folgende Arten von Verbrechen: Mord, d. i. todeswürdige Tödtungen, Verbrechen an die Hand, d. i. andere Verletzungen, Unzuchtsfälle anderer Art und Aufreizungen gegen die Stadtordnung.

Karolinger Zeit hervor, und bilden das eigentliche System der Verbrechen. Diese bestehen nun nach der Hauptstelle B. 2, Art. 13 in folgenden Handlungen:

a) Heimliche Uebelthaten. Hieher gehören Diebstähle und Fälschungen, jedoch mit dem Unterschiede, daß nur große Diebstähle und Münzfälschungen zu dem Ungericht an Hals und Hand gehörten [1]), andere Diebstähle und Fälschungen, namentlich an Maß und Gewicht von dem niederen Richter (Burgermeister, Bauermeister) abgethan werden konnten. Hehler werden dem Stehler gleich gehalten. Nicht selten steht der Diebstahl dem Raub gleich, wenn nämlich nicht durch Heimlichkeit, sondern mit Vergewaltigung die Entwendung verübt wird. Die Verrätherei an sich immer das schändlichste Verbrechen, wie man auch aus Dantes göttlicher Komödie sieht, wurde ohne Rücksicht, wie es verübt wird, den groben Verbrechen beigezählt.

b) Gewaltsame Uebelthaten. „Alle Mörder, und die den Pflug oder Mühlen, oder Kirchen und Kirchhöfe berauben, und Verräther und Mordbrenner oder die ihre Botschaft zu ihrem Nutzen werben, die soll man alle radebrechen. — Der einen Mann erschlägt oder fahet, oder raubet oder brennet, ohne Mordbrand, oder Weiber oder Jungfrauen nothzüchtiget, oder der Friede bricht [2]), oder der in Ehebruch begriffen wird, denen soll man das Haupt abschlagen. — Schon aus der Verschiedenheit der Strafe sieht man, daß hier ein gewisser Unterschied der strafwürdigen Handlungen waltet, nämlich derer, wo besondere Bosheit hervortritt, und derer, wo eine weniger bösliche Vergewaltigung statt hat.

c) Uebelthaten gegen den christlichen Glauben — Unglaube, Zauberei, und die gewöhnlich nach der Vorstellung jener Zeit mit zauberischen Mitteln verbundene Vergiftung. Diese Uebelthäter soll man verbrennen.

Dieß ist das reine und vom römischen Rechte noch nicht ergriffene und zerstörte System des deutschen Strafrechts.

Dazu kömmt nun das darauf berechnete Verfahren. Noch immer besteht das ächte Ding oder ordentliche Gericht nach

---

[1]) Siehe besonders II. Art. 26.

[2]) Es ist hier vorzüglich von dem gelobten oder vertragsmäßigen Frieden die Rede. B. III. Art. 9.

uraltem Gebrauch, besonders des platten Landes. Das Gericht wird angeregt durch Klage oder durch Gerüfte, und durch die offenbare That [1]). Aber der König ist allgemeiner Richter [2]) und seine Beamten können zu besonderen Gerichten laden. Wer in handhafter That ergriffen worden [3]), kann sich nicht mit dem Eide reinigen, auch geht die leibliche Beweisung, d. i. das Vorfinden der Person oder Sache [4]) dem Eide vor. Besonders ausgebildet ist der Prozeß gegen einen nicht ergriffenen Verbrecher [5]).

Werfen wir scheidend noch einen Blick auf jenen Zeitraum, so finden wir ein buntes Nebeneinanderstehen der Gebräuche. Das Fehderecht und die Bestrebung, dasselbe zu beschränken durch den königlichen Frieden, durch den vom Richter gebotenen, und durch den gelobten (vertragsmäßig eingegangenen) Frieden — hieraus dann der reine Begriff von Friedensbruch; — sofort die öffentlichen Strafen an Leben und Leib bei den causae graviores und vorausgesezt, daß ein Friedensbruch dabei war; sodann die Lösung der öffentlichen Strafen durch Geld, die immer noch möglich war; endlich das Forbestehen der Buße und Wette in den causis levioribus. Aber immerhin ist, wie sich durch unsre Darstellung zeigt, ein System im Ganzen und Einzelnen. Nur ein davon verschiedener eigenthümlicher Geist regte sich in jenen Städten, welche den Blutbann über ihre Bürger hatten [6]), und deren Einrichtungen, Küren und Gebräuche (coutumes) die Sache theilweise anders stellten. Wir können dieß weniger aus den deutschen als aus den niederländischen und französischen (fränkischen) Städten sehen. Das Fehderecht war hier erstickt, und bestand nur nach außen [7]); das System der öffentlichen

---

[1]) Daher hat die Blutrunst ihre Bedeutung (Schein).
[2]) III. 36.
[3]) Prozeß durch Gerüfte. Der Gegensatz der handhaften That ist in dieser Beziehung die übernächtige That.
[4]) Sachsensp. II. Art. 36.
[5]) Eichhorn II. S. 761.
[6]) Verliehen war er ihnen durch den König als Herrn der Stadt — durch andere Territorialherren, wenn die Stadt auf deren territorio sich großartig ausgebildet hatte.
[7]) Hieher kömmt auch der Ausdruck Landfrieden (pax publica), ferner ist daraus erklärlich, daß nach den contumes der Stadt Tournay

Strafen fand mit und ohne Ablösung statt, und dieß hatte wieder die Folge, daß eine Art von Talion zum Prinzip erhoben wurde [1]). Ablösung trat ein, wenn nicht Mord vorgefallen war [2]), denn dieser sollte unnachsichtlich mit dem Tode gestraft werden, und selbst das Asylrecht der Kirchen zur Abwendung dieser Strafe nicht dienen. Im Uebrigen war auch in den Städten die Gesetzgebung noch mehr gegen Gewalt als gegen Falsch und Trug gerichtet [3]), und sonderbar genug waren die Geschlechtsunsittlichkeiten in Frankreich damals gering angeschlagen [4]). Nicht läßt sich verkennen, daß in jenen Zeiten jede Stadt in ihren Mauern eine eigene Welt war, die sich durch den frischen Verkehr des Tages selbst weiter bildete, durch Sitte und Kunst gehoben wurde [5]), während auf dem platten Lande durch die einzige schwerfällige Kraft der Einrichtungen, Gesetze und gewaltsamen Handhabung der Ordnung auf keine Weise nachzukommen war. Daher erklärt es sich, daß die zweite Hälfte unserer Periode hauptsächlich mit der Herstellung und Erhaltung des Friedens auf dem Lande durch das ganze Reich sich beschäftigen mußte.

II. Die kaiserliche Macht von Friedrich I. an in Streitigkeiten in Italien, mit den Kreuzzügen, mit den zur Hoheit sich erhebenden deutschen Fürsten beschäftigt, konnte diesen großen

---

der Bürger, welcher sich der Selbsthilfe gegen einen Nichtbürger bediente, entschuldigt war, denn nur unter den Bürgern war das Fehderecht aufgehoben. Vorrede zum XII. Bande der französischen ordonnances pag. XII.

[1]) Caput pro capite, membrum pro membro tom. XII. der ordon. pag. 289.

[2]) Si mutilatio membri intervenerit, in 60 solidis etc. XII. 243.

[3]) Vorrede zum XII. Band der königl. Ordonnances pag. XI.

[4]) Die Strafe des Ehebruchs bestand gewöhnlich darin, nackt durch die Stadt zu laufen, oder 60, ja sogar nur 5 Sous Strafe zu bezahlen. Und es war dieß ein allgemeiner Städtegebrauch. Si quis in adulterio deprehensus fuerit, currat per villam ut in aliis villis Domini nostri Regis fieri consuevit pag. 344. tom. XII.

[5]) So kam bald der rohe Gebrauch ab, wornach die Vornehmen in den Städten an den gemeinen Leuten, welche sich gegen ordentliche Leute ungezogen betrugen, ihre Auktorität mit einer kleinen körperlichen Züchtigung zur Herstellung des Friedens geltend machen konnten (Vorrede pag. XII).

Weltinteressen gegenüber unmöglich die innere Ordnung gehörig bewachen. Das alte Gerichtswesen ging unter, wenigstens in seiner früheren Auktorität, der Schwache machte sich unter die Flügel des Starken, und dieser gebrauchte seinen Arm statt des Rechts. In diesem Zustande der Dinge fielen aller Orten Gewaltthaten vor, namentlich von den Mächtigen, und vergebens berief man sich auf die gesetzlichen Institute des allgemeinen Friedens, und des besondern königlichen Friedens. Alle Uebelthaten wurden mit dem Fehderecht entschuldigt; Ermahnungen der Kaiser halfen nichts; schon Friedrich I. gab, außer seinen großen in der äußern Geschichte aufgeführten Gesetzen [1]), eine solche zu Nürnberg 1187, besonders wegen der häufigen Brandstiftungen; und in Gemäßheit der berühmten Mainzer Landfriedensordnung von Friedrich II. versuchte Rudolph von Habsburg 1281 ebenfalls alle Angelegenheiten an die Richter zu verweisen, dabei die Strafbarkeit der meisten einzelnen Uebelthaten aussprechend und die Verletzer des königlichen und des besondern verabredeten Friedens speziell bedrohend. Merkwürdig ist in dieser Urkunde, daß noch hier der allgemeine Ausdruck Friedbrecher für jeden Verbrecher vorkömmt, daß aber auch von dem Friedbrecher in dem Sinne des nicht gehaltenen besondern Versprechens die Rede ist. Die Befehdungen wurden immer häufiger, weniger auf altem Rechte als auf der Entwickelung der dynastischen Kräfte in Deutschland und nach der Art des damaligen rohen Kriegswesens, und so kam es, daß, als noch Adolph von Nassau 1293, Albrecht von Oesterreich, Ludwig der Baier gleiche Anordnungen und Ermahnungen hatten ergehen lassen, man mehr zur That zu schreiten gedrungen wurde, namentlich durch Bündnisse der Fürsten und Städte [2]) aus welchen sofort Bündnisse aller

---

[1]) Auf diese bezog sich auch Otto IV., wie man unter andern auch aus einem sächsisches Weichbild enthaltenden Manuskript der Heidelberger Bibliothek sieht, weßhalb Wilken den Inhalt mit Otto's Landrecht unrichtig bezeichnete.

[2]) Lehman Speierische Chronik 27. Kap., 30. Kap. Möser Osnabrück'sche Geschichte III. Theil. Besonders aber die Urkunde bei Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg I. Bd. S. 308, wo genannter Ludwig der Baier einen besondern Landfrieden bestätigt, der zwischen den geistlichen Fürsten von Trier, Mainz,

Reichsstände für eine gewisse Zeit wurden, immer mit dem Hauptzwecke, die Befehdungen und dabei vorkommenden Vergewaltigungen und Beschädigungen abzuschaffen. Merkwürdig ist dieser Gang auch deßhalb, weil man das Fehderecht selbst nicht in Zweifel zog, wie auch das gemeine Recht noch in der Karolina anzeigt, sondern nur durch Vertrag es aufzuheben trachtete. In diesem Wege fuhren auch noch Karl IV. in der goldenen Bulle, Friedrich III. zu Frankfurt 1442 fort, bis endlich unter Max I. die Sache auf einmal, wenn auch wieder auf demselben Wege, doch durch die Absicht für alle Zeit die Befehdungen aufzuheben und durch die Mitwirkung anderer Einrichtungen eine bessere Richtung nahm. Sowohl der alte besondere königliche Friede, als der auf gewisse Jahre, vertragsmäßig beschlossene gemeine Friede wurde jezt zu einem immerwährenden gemeinen Frieden durch die Landfriedensordnung zu Worms 1495. Ohne Unterschied der Personen und Sachen solle man den gemeinen Frieden genießen, die Befehdungen, sowohl die unrechtliche wie die offene durch Ansagung [1]) abgeschafft werden, und Alles an das kaiserliche Kammergericht kommen. Dennoch hatte diese Ordnung nicht den Zweck, die Uebelthaten insgemein zu begreifen, sondern nur diejenigen, die das ausgeübte Fehderecht veranlaßt, was ohnehin im Geiste jener Zeit nicht mehr von den gemeinen Leuten, sondern nur von den Herren, Rittern und Städten ausgeübt wurde, und was durch Vertrag und Schutz für ewig abgeschafft seyn sollte. Daher griff diese Landfriedensordnung mit der gleich darauf im Jahre 1500 erfolgten Deklaration auch nicht in das gemeine Strafrecht ein, denn es wurde eine Geldpön für den Verletzer dieses Gesetzes (2000 Mark Golds) ebenso für die Begünstiger und die Reichsacht für die Ungehorsamen festgesezt. Nicht minder war es nothwendig, von Zeit zu Zeit durch Erneuerung auf diesen Punkt des inneren deutschen Staatsrechts, die Grundlage der neueren Verwaltung, zurückzukommen, andererseits aber abgesehen davon, das gemeine Strafrecht selbst neu zu ordnen. Der Landfriede galt

---

Speier und Worms, den Pfalzgrafen am Rhein, und den Städten Mainz, Straßburg, Worms, Speier und Oppenheim, mit Niedersetzung eines besondern Landfriedensgerichts geschlossen ist.

[1]) Man sieht dieß auch aus der Tyroler Malefizordnung, wornach die Absager bestraft werden sollen.

mehr der Ruhe der Gewalthaber untereinander, wie den Exceſſen der einzelnen Leute, und ſo wurde derſelbe von Karl V. noch 1548 erneuert, nachdem 16 Jahre ſchon die Halsgerichtsordnung pblizirt war. Eigentlich wurde der Landfriede in dieſer Bedeutung vollkommen hergeſtellt durch die Eintheilung des Reichs in Kreiſe, und durch eine Kreisinſpektions- und Exekutionsgewalt, aber dennoch währten die Fehden bis in das ſiebenzehnte Jahrhundert noch fort, ſelbſt unter großen Fürſten, wie z. B. zwiſchen Bamberg und Ansbach, und erſt die vollkommene Ausbildung der Landeshoheit zur Staatsgewalt hob dieſes Ueberbleibſel alter Rohheit auf, ſowie dadurch überhaupt den Verbrechen erſt vollkommen begegnet wurde. Zu allem dieſem trug noch außerordentlich viel das ſeit Maximilian I. allgemein geltend werdende römiſche Recht bei, welches überall gegen die vis eifert, jede Art von Selbſthilfe verbietet und beſtraft, Alles an die Gerichte weist, und weßhalb viele Landesgerichtsordnungen des ſechszehnten und ſiebenzehnten Jahrhunderts mit dem Verbot der Selbſthilfe nach Grundſätzen des römiſchen Rechts anfangen. In dieſem Zeitraume war es ſonach urſprünglich der innere Drang nach Ruhe, die äußere Anregung durch die Gerichtseinrichtung und Handhabung nach römiſchem Recht und das Intereſſe der größeren Landesherrn, welche zuſammen ein Syſtem der Ordnung gegen das alte Prinzip des Fehderechts begründeten, und ſo zulezt den Gedanken der Fehde ſelbſt, den urſprünglichſten in der deutſchen Rechtsgeſchichte, abſchafften. Die Landfriedensordnungen blieben übrigens bis zum Aufhören des deutſchen Reichs geltend, denn, wenn auch die ihnen zu Grunde liegenden faktiſchen Verhältniſſe ſehr verändert waren, ſo blieb doch noch die Möglichkeit eines Landfriedensbruchfalls [1]) und ſpäter wird ſich zeigen, daß auch eine analoge Anwendung von dieſem Geſetze für das neueſte gemeine Recht gemacht worden iſt [2]).

---

[1]) Das Kammergericht bezog ſeine Gerichtsbarkeit nur auf die Reichsunmittelbaren in Landfriedensbruchſachen, ganz im Geiſte der vertragsmäßigen Ordnung, und inſoweit iſt dann gewiß, daß mit Aufhebung des deutſchen Reichs die Bedeutung des Landfriedens untergegangen iſt. Lezter Fall zu Lüttich 1759: — war aber mehr Aufruhr.

[2]) Es iſt dieß der Fall des durch andere als Reichsunmittelbare

Was nun aber das durch die Bambergensis und resp. Karolina entstandene gemeine Strafrecht und dessen Verhältniß zu denjenigen Beziehungen angeht, welche sub I. und II. über die Geschichte vom zehnten bis fünfzehnten Jahrhunderte dargestellt worden sind, so ist Folgendes das Wichtigste:

In der Tyroler Malefizordnung läuft Alles untereinander; es folgen aufeinander Mörder, Verräther, Räuber, Kirchenräuber, Brenner, Ketzer, Münzfälscher (die vier leztern sind zusammengestellt wegen der gemeinsamen Strafe des Verbrennens), Bigamie, Veruntreuer, Nothzüchtiger (diese drei Ertrenken), Kindesverthuerinnen, Eidbrecher, Urfehd- und Friedbrecher, Laicherei (einfaches stuprum), Diebe und Todschläger, Entführer, Betrügerei im Handel und Wandel, Absager und deren Begünstiger, Fürkäufer, und es wird damit geschlossen, daß nicht alle Uebelthaten erwähnt seyen. Allerdings erkennt man auch hier die in jener Zeit herrschenden Vorstellungen über Verrath und Mord, über die Gewaltthaten durch Raub, Brand, und Friedbruch mit den Absagern sodann über Ketzerei, Eidbruch, und über Nothzucht, Entführung, Bigamie und fleischliche Unsittlichkeit, über Münzfälschung, Veruntreuung, Betrug im Handel, Fürkauf, Dieberei, endlich über Todschlag und Kindverthuen, sowie der verbrecherische Kreis jener Zeit dadurch so ziemlich vollständig beschrieben wird, ja selber die Fälle sind angezeigt, wo neben der Lebens- und Leibstrafe, welche in dieser Ordnung allein und als unablöslich erscheinen, die Vermögenskonfiskation eintritt [1]); allein die Bambergensis steht doch überall, namentlich in der materiellen Ordnung, in der Beschreibung der Verbrechen, und namentlich in der guten Verbindung des einheimischen und fremden Rechts, so hoch über der Tyrolensis, daß sie das Originalwerk seyn und bleiben wird [2]).

---

gebrochenen gemeinen Friedens, wobei jedoch gleich zu bemerken, daß hier dann nur eine in Vereinigung Mehrerer begangene Gewaltthätigkeit als durch Praxis und Doktrin hervorgebildetes spezielles Verbrechen verstanden wird, worauf die ursprüngliche Bedeutung des Landfriedens nach seinem eigentlichen Zwecke nicht ging, weßhalb wir hier von einer Analogie gesprochen haben.

[1]) Nämlich beim Selbstmord, Verrath, Apostasie, Vater- und Muttermord.

[2]) Natürlich ist es gerade die Form und die Verbindung des einheimischen

So finden sich namentlich Brenner, Räuber, Aufrührer, Landzwinger und Landfriedensbrecher so genau in den Art. 150—154 aneinander, daß wenn man den aus dem römischen Recht eingeschalteten Aufruhr herausnimmt, gerade das System der Verbrechen hier gefunden wird, welche nach dem Stande jener Zeit den inneren Frieden vorzugsweise gefährdeten. Und in Hinsicht auf den Landfriedensbruch, dieser als unrechtliche Befehdung nach dem damals vorschwebenden Rechte aufgefaßt, ist noch unterschieden, ob er gar nicht gerechtfertigt werden könne, oder ob er einige Entschuldigung für sich habe. Die Karolina im Art. 124 (sonst auch hier ganz der Bambergensis treu) wahrscheinlich in Rücksicht auf die unmittelbar vor ihr gegebene Landfriedensordnung verfügt im Allgemeinen die Bestrafung der Befehdung, doch erklärt sie dieselbe für straflos, wenn eine kaiserliche Erlaubniß gegeben oder rechtmäßig gedrungene Ursache da sey [1]), den Zustand einer Zeit im Auge, wo, wie Olenschlager [2]) sagt, gute Gesetze und Vereinbarungen bei dem Mangel der Exekution den einmal hergebrachten Sitten nicht gänzlich Abbruch thun konnten.

Nicht läßt sich verkennen, daß die Grundlagen der bürgerlichen Ordnung, in Staatseinrichtungen und Sitten, in dem Vergleiche jener Zeit zu der unsrigen sich verändert haben, daß ein ganz anderer Standpunkt genommen werden muß. Das System des Sachsenspiegels, der Landfriedensordnungen, der Karolina paßt nicht mehr, und wenn man jezt das Wort „Landfriedensbruch“ ausspricht, so versteht man eine Beschädigung durch eine tumultuarische Menge darunter, eine Bedeutung, die von der eigentlichen ganz abweicht, und wofür man besser den Ausdruck einer durch Mehrere geschehenen Gewaltthat (damnum in turba) nach dem römischen Vorbild gebrauchen sollte. Dennoch läßt sich nicht verkennen, daß auch bei verfeinerten politischen Verhältnissen die gemeingefährlichen Störungen der öffentlichen Ordnung und Ruhe und die damit verbundenen oder zu befürchtenden Beschädigungen zusammengestellt werden müssen,

---

und fremden Rechts, worin die Bambergensis vor andern Sammlungen, die entweder nur deutsches oder nur römisches Recht ungeordnet lieferten, etwas voraus haben konnte.

[1]) Es soll jedoch immer Untersuchung angestellt werden.

[2]) Zur goldenen Bulle S. 331 u. a. a. O. auch Eichhorn III. 313 Note.

und daß man daher z. B. Brandstiftung und Raub nicht als Verbrechen gegen das Interesse Einzelner darstellen kann. Ferner müssen die gefährlichen Ausbrüche der Eigenmacht, die gefährlichen Angriffe auf die Freiheit Einzelner, z. B. durch Festhalten, alle gefährlichen Excesse gegen die Obrigkeit und Private, z. B. die gewaltsame Befreiung von Gefangenen, die körperliche Gewaltausübung in Beziehung auf Eingehung gewisser Geschäfte, in Nöthigung zum Einnehmen von Speisen, alle Excesse durch bewaffnete Macht in dem gebildetsten Staate die rechte Stellung ihrer Bestrafung haben, und zu diesem Zwecke ist uns wie überall das römische Recht dienlich [1]), welches die ebenfalls für ganz eigenthümliche Verhältnisse gegebenen **leges de vi** durch wissenschaftliche Verarbeitung so auf generelle Grundsätze gebracht darstellt, daß sie als ziemlich ausreichende Anhaltpunkte für alle Uebelthaten dieser Gattung, die nicht unter einen besondern Begriff fallen, angesehen werden können.

III. Italienische Schule.

§. 36.

Die italienischen Juristen, welche unmittelbar nach den Glossatoren schriftstellerisch wirkten, gewöhnten sich zwar sehr an das römische Recht, und suchten dieses, soviel möglich, in die Praxis ihrer Zeit zu verarbeiten, namentlich auch die **lex julia de vi publica et privata** und dieses Verbrechen rein an der Hand der klaren Pandektenkasuistik darzustellen. Dabei waren sie aufmerksam auf die Konkurrenz der **civilis** und **criminalis actio**. Aber auch auf die Gebräuche ihrer Zeit gaben sie wohl Acht, z. B. berufen sie sich auf die **lex lombarda** für Räubereien und auf die Reichsstrafrechtsgrundlage, nämlich die Konstitution des Kaisers Friedrich I. in den **libris feudorum de pace tenenda** [2]), ferner überhaupt auf die **treuga** und auf den königlichen Frieden und dessen Verletzung. Das beste Zeugniß von dieser unserer Ansicht legt ab **Bonifacius de Vitelinis de Mantua** in seinen **tractatus**

---

[1]) Doppelt, einmal durch die Bestimmung über vis, das anderemal durch seine Ansicht von Injurien.

[2]) Dieck Literärgeschichte des longobard. Lehenrechts S. 141. Ueber dieß Landfriedensgesetz Friedrichs I., siehe auch Laspeires über die Entstehung des libri feudor. S. 263, 277.

super maleficiis unter den Rubriken de vi privata et publica, de furtis, robariis und am Ende de treuga et pace [1]).

Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß die Verbindung der römischen und germanischen Elemente nirgends schwieriger war, als in diesem Kapitel, namentlich für eine Zeit, wo die innere bürgerliche Ordnung auf keine Weise gehörig befestigt, und die Macht auch im Innern sich mehr durch äußere Mittel als durch die still wirkende Kraft der Gerechtigkeitspflege geltend machen konnte. Der Parteienkampf in den italienischen Städten, der sich selbst auf das Recht und den Kampf der höchsten Staatsauktorität bezog, die unpassende Verbindung mit Deutschland, der eigene Stand der sich entwickelnden Hierarchie waren der Begründung einer innern Ordnung nach Grundsätzen nicht günstig. Und so kam es, daß die Wissenschaft ohne gehörige Verbindung mit dem Leben sich selbst mehr zu erhalten, als eine Weiterbildung und Anpassung zu bewirken bedacht seyn mußte, und Clarus, der Endpunkt der Quellen dieser Zeit, hat in seinem Alphabete weder das crimen de vi, noch die fracta pax publica, noch incendium und robbaria, also Nichts von den Verbrechen gegen den gemeinen Frieden [2]). Die Sachen selbst konnte er freilich nicht übergehen, und so spricht er z. B. §. fin. qu. 83. unter dem Standpunkte der poenae arbitrariae von dem crimen vis, unter den todeswürdigen Verbrechen vom incendium u. s. w.; im Uebrigen darf man bei der unsystematischen Darstellung des Clarus auch nicht zu Vieles aus solchen Verhältnissen ableiten. Gewiß aber geht aus seiner speziellen Ansicht von vis hervor, daß sich eine klare Ansicht von der Bedeutung der Verbrechen der Gewaltthätigkeit bei ihm nicht findet.

IV. Deutsche Schule.

§. 37.

Da die deutsche Gesetzgebung über Landfriedensbruch eine bestimmte Richtung hatte, so konnte diese nicht verkannt werden.

---

[1]) Ich habe die Ausgabe des repertorii Maleficiorum von 1524 benüzt.

[2]) So reich das Materiale bei Clarus ist, so fehlt überhaupt diesem Schriftsteller jede Gabe historischer Auffassung. Viel besser steht es schon bei dem deutschen Carpzow.

Das Verbrechen wurde eigentlich von Reichsunmittelbaren begangen, und erschien schon von diesem Standpunkte als vis publica, öffentlicher oder Landfriedensbruch, und diese Ansicht erhielt sich auch bis auf die neueste Zeit, denn noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts ging man damit um, den König Friedrich II. von Preußen wegen seines Einfalls in Sachsen als Landfriedensbrecher anzusehen. Daher stand auch gewissermaßen dieses Verbrechen außerhalb der Carolina, das Reichskammergericht war das competente judicium, und die Strafe war nicht weniger darnach eingerichtet. Darneben aber fehlte es nicht, daß man auch wegen großer gemeingefährlicher Gewaltthaten von andern Personen das Verbrechen des Landfriedensbruches für anwendbar erklärte; denn, wenn offenbar der Ausdruck „Niemands, von was Würden, Standes oder Wesens der sey“ in der Landfriedensordnung auf die großen Fürsten ging, so glaubten doch frühzeitig die Interpreten, auch die Reichsmittelbaren müßten im Geiste dieser Satzung bestraft werden können, zumal ja die Carolina auch das Verbrechen angezeigt hatte. Nun aber war es schwerer, die Unterscheidung zum römischen crimen de vi zu finden, womit sich vorzüglich schon Carpzow beschäftigt [1]). Allgemein war man nur darüber einig, non omnem vim publicam esse fractam pacem, die Grenzen aber wurden verschiedentlich und gewöhnlich unrichtig bestimmt, weil man die historischen Rücksichten außer Augen ließ. Gewiß läßt sich der Begriff von Landfriedensbruch ganz jezt entbehren, wenn man das Verbrechen der Gewaltthätigkeit nach römischen Grundsätzen gehörig auffaßt. Im Uebrigen muß hier erwähnt werden, daß der Landfriedensbruch, welcher immer ein Ueberlaufen enthält, zu unterscheiden war von der Befehdung mit Ansagung: die leztere war auch lange Zeit wenigstens unter gewissen Umständen noch erlaubt, und nur als unrechtliche Bedrohung verboten. Die Bedrohungen an sich, so ferne sie gemeingefährlich waren, wurden auch peinlicher Strafe unterworfen [2]), und es folgt dieses aus dem

---

[1]) Part. I. 40.

[2]) Von den Bedrohungen, wie sie in einem wohlgeordneten Staate durch Mißbrauch der Berufung auf das Recht stattfinden können (concussio), wußte man in jenen Zeiten des deutschen Reichs und

Begriffe von Landzwang, der nur wieder die Spitze eines Verbrechens bildet [1]). Die vis publica et privata unterschied man nach Justinians Ansicht in den Institutionen hauptsächlich darnach, ob Waffen gebraucht worden, oder nicht [2]). Am meisten war man darüber in Unsicherheit, wohin man Raub und Brand rechnen solle. Das römische Recht zog den Raub zur contrectatio rerum, und bestraft die grassatores extra ordinem mit einer Kapitalstrafe, aber in Deutschland gab es bis in das 19. Jahrhundert herein eine eigene Art von Räuber, die die öffentliche Sicherheit besonders an einzeln stehenden Wohnungen störten, und die offenbar nach dem Standpunkte des gestörten gemeinen Friedens behandelt werden mußten. Die Brandstiftung stellte man oft zu den Beschädigungen; richtiger ist gewiß auch hier die gemeingefährliche Richtung für Leben und Gut. Doch kann man zugeben, daß der römische Gesichtspunkt für eine Zeit tüchtiger Polizeianstalten und einer sehr geregelten Staatsverwaltung insoferne richtiger ist, als Raub und Brand zunächst auf das Vermögen gehen, und die gemeingefährlichen Folgen selten sind, während in der rohen germanischen Zeit das Umgekehrte eintrat. Die Kompendien von F. S. Böhmer an bis auf Feuerbach folgten mehr dem rein subjectiven Belieben im Systeme der einzelnen Verbrechen als dem römischen oder germanischen Geiste: System bedeutet im achtzehnten Jahrhunderte logisches decorum, und da man dasselbe nicht auf materielle und historische Grundlagen stüzte, so blieb es, wie jede Sache des bloßen subjektiven Geschmackes eine Sache vollkommener Willkür. Mit dem älteren Meister kam besonders der Standpunkt der Klassifikation nach den Objekten der Verletzung auf, und dieser zerstörte so ziemlich Alles, was von den historischen Erinnerungen übrig war.

Ohne weitläuftige Rechtfertigung stellen wir unser System in diesem Kapitel so; der Leser möge aus dem Nachfolgenden erkennen, ob ein sicherer Gedanke des positiven Rechts uns geleitet hat.

Rechts Nichts, und haben auch wohl die Römer dieß Verhältniß nur als falsum strafbar gefunden, einen und den andern Fall abgerechnet, wo sie extra ordinem straften.

[1]) Carpzow I. 37. 80.

[2]) Carpzow I. 40. 5.

I. Von der Gewaltthätigkeit im Allgemeinen mit Selbsthülfe.
II. Von den besondern Arten der Gewaltthätigkeit.
1) Von den Angriffen auf die persönlich körperliche Freiheit der Einzelnen.
2) Von der Befreiung solcher, deren Freiheit gesetzlich beschränkt ist.
3) Landzwang und Bedrohung mit Rücksicht auf Konkussion.
4) Brand.
5) Raub.
6) Landfriedensbruch und Befehdung.
7) Duell.

I. Von der Gewaltthätigkeit im Allgemeinen.

§. 38.

Das Bild eines Volks und Staats im Laufe der Zeiten wird allmälig ebenso mit andern Gestalten erfüllt, wie das Bild des Landes sich verändert, welches das Volk bewohnt. Nur die Formen der Berge, die Richtungen der Ströme bleiben, und in ähnlicher Weise die groben Züge im Charakter des Volks, und in dessen bürgerlicher Einrichtung, wie etwa der monarchische Geist in Deutschland und gegenüber die Unabhängigkeit und Heiligkeit der Rechtspflege und der Freiheit der Einzelnen. Was dagegen dem Staate und den Einzelnen gegenüber als Excess und Verbrechen aufzufassen ist, wird nicht weniger von dem Zustande der politischen Bildung abhängig, wie das Unanständige von dem allgemeinen Gefühle und Urtheile nach dem verschiedenen Kulturstande der Einzelnen. Im deutschen Mittelalter sah man gewiß das nicht für eine Gewaltthat an, was jezt als eine solche erscheint, und unmöglich ist es daher, in solchen Dingen Begriffe und feste Beschreibungen zu geben. Nur Folgendes läßt sich in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtszustand aussprechen [1]):

I. Selbst das wohlbegründete Recht darf man nicht eigenmächtig (sine judice) geltend machen. Ob aber die Selbsthilfe

---

[1]) Dieser ist an sich dem römischen Rechtszustand, wie ihn die Wissenschaft dargestellt hat, ähnlicher als dem des deutschen Mittelalters.

strafbar sey, hängt davon ab, in welcher Weise man sie geäußert hat. Es ist also im Allgemeinen weder zu sagen, daß die Selbsthülfe strafbar sey, noch das Gegentheil. So haben es auch die Römer angesehen, welche neben der allgemein civilrechtlichen Folge **ex edicto divi Marci** erst **in concreto** erwägen ließen, ob auch **publica cognitio** stattfinde. Es geht dieß schon aus der Aufnahme der **l. 7. D. 48. 7.** in den Titel **de vi privata** [1]), und aus der namentlichen Erklärung, daß Selbsthülfe wahre **vis** sey, hervor, aber auch daraus, daß Besitzentsetzung nicht minder hieher gehört [2]): denn das Erstere kann doch sicher nur unter derselben Voraussetzung wie das Leztere eintreten, wenn nämlich eine den Rechtsfrieden, d. i. die persönliche Ruhe bedrohende Gewalt (dejectio als technischer Begriff bei der Besitzentsetzung, **vis atrox** in diesem speziellen Sinne) stattgefunden hat [3]).

II. Das Charakteristische der strafbaren Gewaltthat besteht in der Bedrohung des Rechtsfriedens. Die Nachweisung muß man nicht aus den Buchstaben des **Corpus juris** verlangen, aber sie läßt sich bis auf das Ueberzeugendste machen. Die Neueren streiten darüber, ob die Gewalt gegen die Person [4]), d. i. gegen den menschlichen Körper gehen müsse, wie zulezt wieder Wächter behauptet, oder ob auch ein Angriff auf Sachen genüge, wie Feuerbach gegen Wächter die alte gemeine Meinung vertheidigend annimmt. Allein die Frage ist nicht richtig gestellt, und kann daher nicht richtig beantwortet werden. Nicht die unmittelbare Absicht entscheidet, sondern das Verhältniß der Handlung in Beziehung auf die mögliche Reaktion entweder für den Augenblick der Gewaltthat oder auch **expost**. Ist die Gewaltthat dem Objekte, Resultate und der ganzen

---

[1]) Dieselbe Stelle ist l. 13. D. 4. 2. und die Aufnahme in den Titel des Strafrechts hat daher eine unzweifelhafte Bedeutung.

[2]) L. 5. D. 48. 7.

[3]) Occupare ist auch ein hieher passender Ausdruck l. 8. D. eod.,

[4]) Die Römer haben den Ausdruck Person nicht so aufgefaßt, sondern immer das Wort corpus hier gebraucht, wie man schon aus der Eintheilung der Injurien in solche, quae in corpus und extra corpus fiunt; ferner aus dem Gegensatze von persona und corpus et mores bei der Vertretung und Erziehung der Pupillen sieht.

Erscheinung nach so mild gestaltet, daß der Exceß von dem Gegner im gewöhnlichen Wege Rechtens verfolgt werden kann, und er keine Veranlassung zur physischen Reaktion außer ebenfalls durch einen Exceß hat, so, daß die physische Macht der Parteien nicht entfesselt wird, dann wird das arbitrium judicis die Handlung nicht kriminell strafbar finden. Demnach kann aber auch der Angriff auf Sachen das entgegengesezte Rechtsverhältniß begründen, z. B. das Erbrechen von Thüren, die Zerstörung der Anlage eines Andern u. s. w. Da Jedermann das Recht hat, seinen Besitzstand sich selbst zu schützen, so führt schon dadurch der Angriff von Sachen auch in einen eventuellen Angriff der Person hinüber, und jede Sache ist am Ende mit einer Person verbunden. Also ist der von Feuerbach gemachte, wenn auch praktisch für gleichgültig gehaltene Unterschied ebenso unrichtig, wie die Wächter'sche Beschränkung des Verbrechens auf den Angriff gegen Personen [1]). Dabei läßt sich hier, wenn man einmal den Grundcharakter aufgefaßt hat, Alles nur aus den verschiedenen Umständen definitiv entscheiden, und am wenigsten wird die Officialthätigkeit des Richters zur Untersuchung vorschreiten, wenn die Atrocität des Falls nicht dazu führt.

III. Was aber die Rechtsverfolgung desjenigen, welchem Gewalt angethan ist, betrifft, so hängt hier mehr als irgendwo von der Aufstellung der Grenze zwischen civilrechtlichen Folgen und dem Rechte auf accusatio ab. Der civilrechtliche Standpunkt ist im römischen Rechte ein auf der Natur der Sache gegründeter: jeder, welcher Gewalt braucht, wo diese nicht erlaubt ist, und dadurch Schaden zufügt oder eine Injurie übt, ist civilrechtlich verantwortlich, und es stehen zu diesem Zwecke ihm verschiedene Rechtsmittel zu, actiones poenales, persecutoriae condictiones, restitutiones, interdicta, exceptiones. Die accusatio aber hat kein Prinzip, sondern eine Kasuistik, welche nach dem Vorbilde der Darstellung der römischen Juristen auf unsere Verhältnisse verarbeitet werden darf, denn jene haben auch die Kasuistik der ursprünglichen lex für sich verarbeitet. Hiernach

---

[1]) Höchstens kann man zugeben, daß bei beweglichen Sachen die Person bedroht gedacht werden muß, nicht aber bei unbeweglichen, wovon mehr unten.

ist a) gewiß, daß die einzelnen Fälle der **vis publica et privata** in den Pandekten und im Kodex herauszuheben und b) daß solche Fälle unsers Lebens, welche dem Zwecke der Sicherheit und Ordnung eben so nachtheilig oder nachtheiliger sind, als strafbare Gewaltthaten angesehen werden dürfen. Derjenige, welcher also eine öffentliche Strafe verlangt, muß sicher seyn, aus den im **corpus juris** angegebenen Fällen und einer ganz unbezweifelten Analogie sein Fundament legen zu können. Dabei

IV. ist nach dem Systeme des deutschen Rechts das Verhältniß der allgemeinen und subsidiären Stellung der strafbaren Gewaltthätigkeit von den besondern Arten der durch Gewaltthat begangenen Verbrechen wohl zu erwägen. Wenn man nämlich die leztern herausnimmt, z. B. Nothzucht, gewaltsame Angriffe auf die körperliche Freiheit, namentlich um zu berauben, Brandstiftung, Gewaltthätigkeiten **coactis hominibus**, die nach der Analogie des Landfriedensbruches bestraft werden; so steht das römische Gebäude nur als Ruine da, nur um sich darunter zu flüchten, wenn in einem nicht unbedeutenden Falle der Gewaltthat der Schutz der gesetzlichen öffentlichen Strafe gesucht wird.

§. 39.

In dieser Beziehung wollen wir auf folgende einzelne Punkte aufmerksam machen, ohne zu glauben, die Sache erschöpft zu haben, oder erschöpfen zu können.

1) Jeder Gebrauch, ja auch jede Bedrohung mit Waffen ist strafbar. Die Stellen darüber im römischen Rechte haben eine doppelte Bedeutung, einmal das Gefährliche des Waffengebrauches an sich [1]), das andremal das Staatsgefährliche, welches aus der Ansammlung von Waffen hervorgeht, wenn nicht ein andrer Zweck zu Tage liegt [2]). In der ersten Hinsicht liegt dem Waffengebrauche immer eine so schlimme Intention zu Grunde, daß durch die Größe der Gefahr, selbst wenn man sein Recht geltend machen will, dieselbe strafbar ist, und es gibt daher nur eine einzige Ausnahme des Waffengebrauches, wenn man sie zu seiner

---

[1]) L. 3. §. 1. D. 48. 6. l. 9. D. eod. l. 11. D. eod. telorum appellatione omnia, ex quibus singuli homines nocere possunt, accipiuntur.

[2]) L. 1. 2 D. eod.

Vertheidigung gebraucht [1]). Bei den Römern kam es auch nicht auf die wirkliche Anwendung der Waffen an, sofern nur das Tragen derselben in einer unerlaubten Beziehung geschah; bei uns kann man natürlich eine mildere Strafe eintreten lassen, wenn es nur bei dem Versuche geblieben ist.

2) Jede Vereinigung menschlicher Kräfte, welche nicht einen erlaubten Zweck hat. Freilich kömmt es näher darauf an, in welcher Absicht die Vereinigung bewirkt ist; genug aber ist es jedenfalls, wenn eigenmächtig damit etwas durchgeführt werden sollte [2]), oder nicht unbedeutender Schaden entstanden ist. Einige meinen, es müsse ein körperlicher, persönlicher Angriff dabei vorgefallen seyn, wegen l. 10. §. 1. D. 48. 6. und l. 2. D. 48. 7., allein das Angreifen von Sachen in turba war auch verpönt, wie man aus l. 11 D. 48. 6. sieht. Die Worte: neque homo occisus est, in den kurz vorher angeführten Stellen scheinen deßhalb gebraucht zu seyn, weil durch kaiserliche Konstitutionen [3]), wenn bei einer violentia ein Todtschlag stattgefunden hatte, nicht die bloße Strafe des crimen de vi, sondern Todesstrafe stattfinden sollte. Ob die Worte ein Emblem von Justinian sind, oder nach der Praxis der früheren Zeit schon beigefügt werden konnten, ist zweifelhaft [4]).

3) Jede vis corporalis oder imminirende Drohung derselben unter Verhältnissen, wo ein besonderer Schutz der Gesetze nöthig ist in naufragio, ruina, incendio et tumultu [5]).

4) Jeder Angriff auf die Freiheit der Personen, wenn ein körperlicher Zwang oder eine dahin abzweckende unmittelbare Drohung ausgeübt wird. Die Römer gingen zwar, wie überall, hier mehr in den Zweck des Gewaltthäters ein, und so steht das plagium als eigenes Verbrechen da [6]); ferner ist der Exceß der publica potestas zwar nicht als eigenes Verbrechen aufgestellt,

---

[1]) L. 11. §. 2 D. eod.

[2]) Vim facere coactis hominibus.

[3]) L. 6. Cod. 9, 12.

[4]) Bei dem Sklavenverhältniß der alten Welt hatte das Zusammenziehen der Sklaven eine besondere Bedeutung, daher auch von dem commodare homines die Rede ist. L. 4. D. 48. 6.

[5]) L. 3. §. 3. D. 48. 6. L. 1. §. 1. 2. D. 48. 7.

[6]) Anmaßung der privata potestas.

aber doch eigen hervorgehoben, wovon gleich mehr; ferner ist die den Alten so bekannte Mißbrauchung der Knaben richtig hieher gestellt [1]), nicht weniger ist das Einsperren in Gefängnisse zum crimen majestatis oder hieher de vi gerechnet, ja selbst quaestiones de servis *alterius* scheint man in der späteren Zeit hieher gestellt zu haben, obgleich man sicherer eine actio injuriarum gebrauchte [2]). Bei dieser Richtung darf man unbedenklich jedes Festhalten eines Andern in des Gewaltthäters oder des Festgehaltenen Hause oder an einem dritten Orte, jede gewaltsame Nöthigung zu einer Handlung, z. B. zur Eingehung einer Obligation [3]), zur Unterschrift einer Urkunde, zum Einnehmen einer Speise, jeden groben Excess an Familien-Angehörigen und Dienstboten hieher stellen. [4]). Nur muß man nicht vergessen, daß alle diese Punkte vielleicht sicherer als Injurien verfolgt werden, und daß schon die römischen Juristen den Rath gaben, wo die vis nicht klar genug als strafbar hervortrete, lieber den andern Weg zu wählen. Dagegen ist kein Zweifel, daß das verberare und pulsare, also die körperliche Mißhandlung, zur vis gehört, weßhalb auch die Römer kein eigenes Verbrechen der Körperverletzung oder Verwundung hatten.

5) Jeder Angriff auf die weibliche Ehre und Freiheit [5]). Dieses Verbrechen stand ursprünglich nur unter der vis; aber die Strafe wurde unter den Imperatoren geschärft, nämlich Todesstrafe verfügt; dabei aber scheint man unterscheiden zu müssen: die eigentliche gewaltsame Wegführung [6]), um dem Weibe Ehre und Freiheit zu nehmen, ferner die wirkliche Nöthigung (Nothzucht) [7]) und die bloßen Versuche und Mißhandlungen in solcher Absicht, wobei freilich Thätlichkeiten ausgeübt seyn

---

[1]) L. 3. §. 4. l. 6. D. 48. 6.
[2]) L. 4. §. 1. D. 48. 7.
[3]) L. 5. pr. D. h. t.
[4]) Schon im römischen Rechte haben wir das bestimmte Vorbild dazu in den dem Titel de vi des Kodex angehängten beiden Titeln de emendatione servorum et propinquorum cod. 9. 14. 15.
[5]) L. 5. §. 2. D. 48. 6.
[6]) Rapere. Cod. 9, 13.
[7]) Diese überschritt auch die potestas legis Juliae de adulteris l. 3. §. 4. D. 48. 6.

müssen [1]), denn außerdem ist wieder nur der Injurienprozeß begründet, und bei der Verführung, d. h. betrügerischen Ueberredung, eine öffentliche Bestrafung extra ordinem [2]).

6) Jeder Angriff auf eines Andern Haus und anderes unbewegliches Gut durch Infractio oder Dejectio [3]). Es kamen bei den Römern oft Fälle vor, dem deutschen Landfriedensbruche ähnlich, weil namentlich eine Anzahl Sklaven gebraucht wurden; allein man sieht, daß auch eine einfache Besitzentsetzung hieher gehören soll, weil die causa de vi mit der causa possessionis konkurrirt und dieser präjudizirt. Hieher muß auch gerechnet werden das Vertreiben aus einem Schiffe, wobei zu bemerken, daß ein Schiff überhaupt vielfach einer unbeweglichen Sache gleichgehalten wird [4]). Ob das Wegnehmen beweglicher Sachen (occupare, rapere) das crimen de vi begründe, hängt wohl davon ab, ob dieß durch Gewaltanwendung an einer unbeweglichen Sache (villa, aedes, navis) geschieht, oder durch Gewaltanwendung an der Person des Besitzers, und deßhalb finden sich auch besondere Spuren über dieß Verhältniß im corpus juris nicht. Mit Unrecht aber hat man daraus geschlossen, das crimen de vi könne als Gewaltanwendung an Sachen überhaupt nicht vorkommen [5]).

Auch an Todten wird das crimen de vi begangen, durch Verhinderung der Sepultur, durch gewaltsame Excesse an der Leiche [6]), die nachherige Spoliation aber des Grabes scheint nicht dazu gehört zu haben, weil man diese Handlung mehr als Entwendung ansah, und wahrscheinlich mit der Sepultur die körperliche Persönlichkeit untergegangen erschien.

8) Vorzüglich aber gehört hieher einestheils jede gewaltsame

---

[1]) L. 3. Cod. 9. 12.

[2]) L. 1. §. 2. D. 47. 11.

[3]) L. 5. §. 1. L. 3. §. 2 und 6. L. 11. pr. D. 48. 6.

[4]) L. 3. §. 6. D. cit.

[5]) Man könnte sich des Gegentheils wegen sogar auf l. 3. §. 2. D. 48, 7. berufen, wo ausdrücklich gesagt ist, si quid ex alienis ablatum sit; ohne alle Rücksicht auf pulsatio des Besitzers sey das Verbrechen begangen; allein die Stelle scheint uns doch mehr bloß den Gegensatz zur convocatis hominibus auszudrücken.

[6]) L. 5. p. D. h. t.

Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, anderntheils jeder Mißbrauch der Amtsgewalt von der Obrigkeit. In ersterer Hinsicht haben wir die Sache schon verhandelt, und namentlich sind noch anzuführen jede Bestrebung, durch Waffen oder Leute der Obrigkeit zu imponiren, jede Störung eines Akts der Ausübung der jurisdictio und des imperii [1]), jede gefährliche Drohung in der einen und andern Richtung [2]). Von der andern Seite sollte der magistratus seine Gewalt weder gegen die Bürger, noch gegen die Gesandten mißbrauchen, namentlich die Provokation nicht hindern, und ohne Ursache nicht arretiren [3]). Ferner auch nicht unter der Form des Rechts Gelder erpressen und einheben. [4]).

9) Gerade in der Richtung des zulezt erwähnten Falles wurde schon in der lex Julia selbst, gleichsam uneigentlich hieher gestellt derjenige, wenn auch nicht Beamte, sondern nur Pächter, qui nova vectigalia exercet [5]), und durch SCta und Konstitutionen wurde wie überall der Kreis der alten leges sogar durch eine, fremdartige Fälle enthaltende, Kasuistik erweitert, z. B. durch das SC. Volusianum verfügt, daß jede betrügerische Theilnahme an dem Prozesse eines Andern, um sich aus dem, was der unschuldig Verurtheilte geben muß, zu bereichern, als vis privata gestraft werden soll. [6]). Unter den Imperatoren wurde unter dem Gesichtspunkte der violentia sogar ein allgemeiner Begriff angenommen [7]), womit dann auch die Aeußerung über die Praxis in der l. 152 pr. D. 50. 17. übereinstimmt.

Hoc jure utimur, ut quicquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut privatae crimen incidat: allein man muß doch wohl überlegen, daß damit nur ausgedrückt werden sollte, wie der Umfang dieses Verbrechens durch eine buchstäbliche Auffassung der Kasuistik — ganz im Geiste der sich fort entwickelnden römischen Jurisprudenz — nicht abgeschlossen seyn sollte. Daher wird in allen solchen Verhältnissen noch

---

[1]) L. 10. D. h. t.
[2]) Qui dolo malo fecerit, quo minus tuto exerceantur judicia etc.
[3]) L. 7. 8. D. h. t.
[4]) L. 10. D. h. t.
[5]) L. 12. D. h. t.
[6]) L. 6. D. 48. 7.
[7]) L. 6. cod. 9. 12.

heutzutage der Richter wohl thun, wenn er sein Strafurtheil an eine einzelne Stelle des corpus juris oder deren hervorleuchtende Analogie anschließen kann, sofern er nicht anders durch die übereinstimmende Meinung der Gelehrten oder durch die Gerichtspraxis für den neuen Fall gedeckt ist. In solchen Lehren, wo die Strafbarkeit der Handlungen in die verschiedenartigsten und feinsten Fälle auslauft, hilft überall der Begriff Nichts, sondern führt allein der Weg zum Ziele, welchen wir schon einmal oben und hier wiederholt angedeutet haben.

Es wird, wie uns scheint, in den neueren Lehrbüchern des römischen Rechts ein doppelter Fehler begangen, einmal nämlich, indem man aus der römischen Kasuistik heraus Begriffe und allgemeine Sätze abstrahirt und analysirt, wie die Römer nie gethan haben würden, was man besonders in dem sonst guten Lehrbuche von Hefftter, namentlich bei dem crimen de vi, erkennt, und was die Folge hat, daß die Lehre trübe wird, welche durch eine sorgfältige Entwickelung der Kasuistik hell und praktisch dasteht; das andremal, indem man nicht gehörig darstellt, wie in solchen allgemeinen, umfassenden, hinwiederum aber durch Herausbildung einzelner Fälle zu besondern Verbrechen beschränkten, sodann durch die Angränzung an andere eben so allgemeine Lehren, wie hier die Injurien sind, verwickelte Gattungen unrechtlicher Handlungen eine Konkurrenz von Rechtsmitteln und Verfahrungsweisen entsteht, die weniger durch allgemeine Regeln, als durch den richtigen praktischen Takt, eine Folge der Erkenntniß des Geistes der Gesetze und der richtigen Moderirung des Falles erledigt werden kann. Eine gute historische Einleitung, geistvolle Andeutungen über die Verbindung des römischen und deutschen Rechts, beständiges Verweisen auf die natürliche Darstellung in den Quellen, helfen mehr, als eine Reihe kalter, wenig zusammenhängender, zu allgemeiner dogmatischer Regeln.

§. 40.

Wenn jezt noch von dem Unterschiede der vis publica et privata mit ein paar Worten zu verhandeln ist, so berufen wir uns vorerst darauf, was über den ursprünglichen Unterschied schon oben angeführt ist, sodann ist hinsichtlich der justinianischen Sammlung zu bemerken:

1) daß einige Fälle durch Konstitutionen als todeswürdig erklärt waren, nämlich die Entführung und die Gewaltthat [1]), wobei Jemand um's Leben gekommen ist [2]);

2) daß außerdem die Strafe noch immer sehr verschieden war, ob ein Fall der vis publica oder privata vorlag, indem in ersterem Falle eine Kapitalstrafe eintrat, im andern mulcta cum infamia; allein es mußte lediglich nach der Kasuistik verfahren werden, welche die Juristen und Justinian aufgestellt haben, und wobei es sich versteht, daß im Zweifel die mildere Richtung anzunehmen war. Diese Kasuistik ist fast lediglich aus den beiden einschlägigen Pandektentiteln zu schöpfen, wohin hier um so mehr verwiesen wird, als alle einzelne Fälle bereits aufgeführt sind, und die Nachschlagung der Stellen das Weitere anzeigt;

3) daß man gewiß auch oftmals extra ordinem strafte, indem man den Fall als eine schwere Realinjurie ansah.

In unserer Praxis wird man alle diese Verhältnisse, und namentlich auch den Unterschied in vis publica et privata nicht übersehen dürfen, um nicht ohne Kompaß auf dem hohen Meere zu seyn; allein da die Strafarten ganz anders sind, und dieselben an sich sowie hinsichtlich der Strafgröße eine sehr passende Skala bilden, so wird man die schwereren und leichteren Fälle hiernach zu entscheiden keine große Bedenklichkeit finden.

II. Von den Angriffen auf die persönliche körperliche Freiheit der Einzelnen.

§. 41.

In der alten Welt, wo die Sklaverei bestand, hatte die in der Ueberschrift bezeichnete verbrecherische Richtung eine sehr bestimmte Form; die bösliche Unterwerfung eines Freien unter die Sklaverei. Wer dabei betheiligt war, namentlich der, welcher einen Freien wissentlich kaufte, verfiel in dieses Verbrechen, und wenn die Gewaltanwendung selbst das crimen de vi bildet, wenn das heimliche Entwenden der Kinder auch als furtum angesehen

---

[1]) Cod. 9. 13.

[2]) L. 6. Cod. 9. 12.

wurde, so war gerade jede Partizipation an der betrügerischen Vorenthaltung der Freiheit eines Menschen das *plagium*. Die plagiarii (πλάγιος) [1]) waren schmutzige Betrüger, welche betrügerische Geschäfte über das edelste Gut des Menschen, seine Freiheit, machten [2]). Das schändliche Gewerbe, häufig bei Griechen und Römern, erzeugte den technischen Ausdruck plagiarii, der wohl die Schlechtigkeit der Handlungsweise, nicht aber das Objektive des Verbrechens gehörig anzeigt. War, wie schon oben bemerkt ist, ein solcher Mensch einem crimen verfallen, oder als fur zu bestrafen, wie wenn er z. B. eines Andern Kinder stahl, oder wenn er eines Andern Sklaven entwendete, so war das Delikt nach allgemeinen Grundsätzen gefunden [3]); allein jedes dolose Benehmen über des Menschen Freiheit, jede Prellerei im Sklavenverkehr sollte strafbar seyn, und dieß war das plagium, welches ursprünglich nur eine Geldstrafe [4]) zur Folge hatte, später aber strenger bestraft wurde [5]). Die lex Fabia hatte zwei Kapitel, wie wir aus Paulus S. R. [6]) und aus der Coll. legg. Rom. et Mos. [7]) sehen; das erste zum Schutze freigeborener oder freigelassener, das andere, um den Unredlichkeiten und Gefährlichkeiten zu begegnen, welche durch das Versetzen der Sklaven in ungerechte Herrschaft entstehen. Auch war verpönt die Begünstigung der Flucht der Sklaven zu andern Herrn oder in das Herrenlose [8]).

---

[1]) Unredlich — ungerade.

[2]) Forcellini s. h. v. auch Isidori Origines. Mit Unrecht hat man auch wohl geglaubt, das Wort sey abzuleiten von plaga, denn Isidors Zeugniß, besonders wenn er sich auf griechische Abstammung beruft, ist ganz unverdächtig. Siehe übrigens Finestres Com. in Hermogen. jur. epit. ad l. 7. D. h. t. (ed. Cerv. 1757. Tom. II. pag. 988).

[3]) Man unterschied aber fein zwischen dem furtum und plagium, es konnte ein furtum da seyn, und kein plagium l. 6. pr. D. 48. 15. Es ist dieß ebenso wie bei dem Unterschiede zwischen furtum und stellionatus.

[4]) Mulcta.

[5]) L. ult. D. 48. 15.

[6]) Lib. V. tit. 30. b.

[7]) Tit. XIV.

[8]) Hieher gehört auch das fugam vendere l. 2. §. 1. 3. D. h. t. Ein

Das Delikt kam hiernach in sehr verschiedenen Richtungen vor, z. B. als Verführung fremder Sklaven, als gewaltsame Vorenthaltung entflohener Sklaven, als heimliche Benützung solcher Sklaven, als Verheimlichung entlaufener Sklaven, als Begünstigung des Entlaufens der Sklaven, um Gewinn von den Entlaufenen zu ziehen u. s. w., und deßhalb war hier nirgends eine feste Begriffsbestimmung, sondern das arbitrium judicis hatte die Fälle, wo eine bösliche Verletzung des Rechts eines Andern auf die Sklaven, oder eine gefährliche ordnungswidrige Handlung anderer Art in Beziehung auf das Recht an Sklaven vorging, zu erwägen, um ihre Strafbarkeit zu entscheiden [1]); dagegen war die andere Richtung des plagii, nämlich die Unterwerfung Freier unter die potestas, soferne nicht sonst ein Delikt begründet war, leichter als plagium zu erkennen, weil jede bösliche Theilnahme an der Vorenthaltung der Freiheit als dieß Verbrechen galt.

Da in Deutschland die Sklaverei gar nicht besteht, so ist eigentlich diese ganze Lehre des römischen plagii an sich unpraktisch; ja es lassen sich nicht einmal Analogien davon entnehmen, weil alle Fälle der Freiheitsbeschränkung andern Delikten angehören, und in der That die Lehre von plagium auf eigene Manipulationen ging, welche in der Erwerbung und Behaltung der Sklaven vorkamen, und die gänzlich mit der Aufhebung der Sklaverei verschwunden sind, und so wenig mehr in analoger Gestalt vorkommen, wie die alte Manumission als analoge Richtung für Entlassung eines Lehrjungen aus der Lehre nicht gelten mag. Wenn Wächter im Lehrbuche II. S. 42 glaubt, die römischen Juristen selbst möchten solche Fälle, welche unter uns als Beschränkung der körperlichen und persönlichen Freiheit vorkommen, nach Analogie des plagii behandelt haben, so kömmt es daher, weil er mit allen frühern Rechtslehrern die Natur des römischen plagii nicht richtig aufgefaßt hat, welche ja allein auf den Mißbrauch

---

Senats-Konsult sezt fest, daß der Herr qui fugam servi sui vendidit, wie ein plagiarius gestraft werden solle. Die römische Welt hatte sich nämlich sehr zu fürchten vor dem herrenlosen Sklavengesindel.

[1]) L. 6. pr. D. h. t.

der Sklavereiverhältnisse unter Umständen geht, wo das crimen de vi nicht stattfand, und wobei es dann erklärlich ist, daß er die l. 2. u. l. 3 pr. D. 43. 29, die gerade solche Verhältnisse im Auge haben, mißverstand, während die von ihm citirten l. 5 pr. l. 6. D. 48. 6. sogar den direkten Gegenbeweis seiner Ansicht liefern, indem diese Fälle, die auch in unserem Leben vorkommen können, als crimen de vi publica erscheinen, welches bekanntlich vom plagium gänzlich verschieden ist. Nur uneigentlich sprach man von dem Stehlen freigeborner Kinder nach dem Zeugnisse im Codex bei Gelegenheit des plagii. Nicht weniger Unrecht haben Diejenigen, welche behaupten, der Reichsabschied vom Jahr 1521. Tit. VII. §. 8 über Landfriedensbruch sey eine Bestätigung des römischen Rechts vom plagium oder habe nur irgend eine Beziehung hieher. Vielmehr ist diese Stelle allein zu erklären aus dem damaligen Zustande des Fehde- und Faustrechts, in welchem man heimlich seine Feinde überfiel, wegführte, festhielt [1]), oder andere Gewaltthaten an Person und Leib vornahm und die folglich nur als Erscheinungen jenes wilden und verpönten Kriegsbrauchs aufgefaßt werden dürfen. Endlich das kanonische Recht im cap. 1. X. 5. 18 spricht bloß von dem Stehlen eines Menschen, z. B. der Kinder, um sie Anderen zu überlassen, gegen Entgeltung, und in der Darstellung seiner Interpretatoren liegt zwar immer etwas, was man unter dem Namen „Seelenverkäuferei“ dem alten plagio anknüpfte, denn das kanonische Recht hob überall den Standpunkt der verlornen Seele, als des eigentlich humanen Theils im Gegensatze der bloßen Animalität hervor, und rechtfertigt auch dadurch im Sinne der Talion die Todesstrafe wegen des ganz in der neuen Feuerbach'schen Idee angenommenen Seelenmords, der ja auch bei der Abtreibung und Unfruchtbarmachung vorkömmt; aber diese Ansichten sind in die Karolina und in die deutsche Praxis wenigstens nicht als Prinzip übergegangen, vielmehr da sie dem weltlichen Rechte, der weltlichen Ethik im Gegensatze des christlichen dogmatisirenden Bestrebens entgegen waren, hat man sich lieber an das römische Recht angeschlossen, wie besonders die Schriften der italienischen und deutschen Schule beweisen.

---

[1]) Dahin gehört auch der Reichsabschied vom J. 1512. Tit. 4. §. 6. und man darf nur an die sogenannten Burgverließe denken.

Obgleich in diesen Schriften das plagium eine sehr uneigentliche Stellung hat, indem man es hauptsächlich auf das Stehlen der freigebornen Kinder bezog, weßhalb auch der Ausdruck plagium als furtum hominum nach dem Vorbilde des kanonischen Rechts gebraucht ist, und Clarus ganz vorübergehend davon spricht, und nur auf Angelinus Aretinus verweist, welcher den Unterschied zwischen furtum und plagium angebe; obgleich ferner noch bis in Carpzow's Zeit die kanonische Richtung überall durchschimmerte, welche sich auf Deut. c. 24. v. 27 gründet: Wenn Jemand gefunden wird, der aus seinen Brüdern eine Seele stiehlet und versetzet oder verkaufet, solcher Dieb soll sterben (ob talionem) u. s. w. — so hat man doch immer, in Hinsicht auf Begriff und Strafe, auf das römische Recht verwiesen, welches nirgends die Konstruktion des Seelenmords annimmt. Nur das könnte man etwa zugeben, daß die christliche Ansicht schon auf Konstantin einigen Einfluß gehabt habe, welcher speziell festgesezt hat, daß das Stehlen der fremden Kinder als Kapitalverbrechen angesehen werden solle [1]). Diese Konstitution und spezielle Beziehung des Verbrechens auf das furtum der Kinder ist dann auch in das kanonische Recht übergegangen, welches nach seiner Ansicht von der Seele es auf das heimliche Entziehen der Freiheit aller Menschen ausgedehnt hat, und welches so die Veranlassung zu dem eigenen Ausdrucke „Seelenverkäuferei“ gab. Hieraus aber folgt nach unserem Dafürhalten, daß man höchstens diese Seelenverkäuferei als eine Nachbildung zum plagium, wenn auch in sehr uneigentlicher Richtung, weil es sich hier von einem furtum handelt, was vom plagium sehr verschieden ist, ansehen kann; daß man aber alle anderen Arten von Beschränkung der persönlich körperlichen Freiheit allein aus dem Standpunkte des crimen de vi zu beurtheilen hat, in welchem die Sache von den Römern selbst angesehen, und durch das ganze Mittelalter behandelt, und von welchem erst in der neueren Zeit durch einige auf Mißverständniß beruhenden Darstellungen abgewichen worden ist. Hier

---

[1]) L. ult. cod. 12. 20, welche im Texte verbessert werden muß aus lib. IX. tit. 18 des Cod. Theodos., denn namentlich muß es heißen tenebantur nicht teneantur, indem gerade dadurch die Abänderung von Constantin hervorgeht.

nämlich hat man das Wort „Menschenraub“ erfunden, ihm einen sehr allgemeinen Begriff untergelegt, und sofort diesen willkürlich analysirt, wie man am besten in der Feuerbach'schen Compendio §. 253 u. ff. erkennen kann. In solchen Punkten ist dann besonders die verfehlte Methode der ungeschichtlichen Darstellung zu erkennen, welche zu den herbeikonstruirten Merkmalen bald aus einem Satze der Pandekten und des Kodex, bald aus ein paar Worten des Reichsabschiedes (fahet oder für einen andern fahet [1]), die Dokumente sucht ähnlich dem Zauberer, der Worte bloß ausspricht, um die Aufmerksamkeit des Volkes von dem Spiele seiner Hände abzuleiten.

§. 42.

Was nun die praktische Richtung des gemeinen deutschen Rechts angeht, so müssen wir unterscheiden:

I. Die sogenannte Seelenverkäuferei, d. i. die Verführung und Bemächtigung eines Menschen, um in fremden Ländern, auf Schiffen, in Bergwerken, bei Gauklern und Leuten ähnlichen Metiers einem abhängigen Lebensberufe unterworfen zu werden.

II. Das Stehlen der Kinder, wodurch diese jedenfalls um ihren Familienstand und die Eltern um ihre Rechte und um die heiligsten Verhältnisse gebracht werden.

III. Das gewaltsame Einsperren und Verborgenhalten der Menschen, aus welchem Zwecke dieses immer geschehen mag.

IV. Die temporäre Gewaltausübung durch Wegführung, Festhaltung und Abhaltung von der freien persönlichen Bestimmung seines Leibes.

V. Wenn man endlich jede widerrechtliche Nöthigung hieher beziehen will, so haben schon Andere bemerkt, daß die Unbestimmtheit des Begriffs jede praktische Richtung des Gedankens aufhebt [2]).

Unter den vier Hauptfällen aber muß von den zwei ersten angenommen werden, daß im späteren römischen und kanonischen Rechte eine eigene Stellung als Kapitalverbrechen begründet ist, welche die Einen als plagium, die Andern als furtum hominum

---

[1]) S. Feuerbach §. 253 in den Noten.
[2]) Mittermaier zu Feuerbach § 251.

oder Menschenraub bezeichnen, während weder eigentliches plagium noch eigentliches furtum vorhanden ist. Das gemeine deutsche Recht sieht sonach allerdings mit Recht dieses Verbrechen als eine eigene species an. In Hinsicht auf die zwei anderen Hauptfälle aber (III. IV) bleibt Nichts übrig, als die Grundsätze von der vis publica anzuwenden, welche auch die Römer buchstäblich auf diese Fälle anwendeten, und wo, weil dem deutschen Richter ein großer Spielraum der Strafausmessung gegeben ist, derselbe die außerordentliche Mannichfaltigkeit der Fälle in der Art der gewaltsamen Behandlung, des Zweckes, des Erfolges und der Nebenumstände gehörig wird in Erwägung nehmen können.

III. Von der verbrecherischen Befreiung der Gefangenen.

§. 43.

Im praktischen Leben tritt nicht selten eine Handlung unter einem andern Standpunkte hervor, als sie durch das auf Logik und geschichtliche Erfahrung gegründete System dargestellt wird. Der Erfolg ist es nämlich, welcher in den Augen der Menge der Handlung das charakteristische Merkmal aufdrückt, während der Jurist nur selten diesen vorwalten läßt, sondern die Schuld in einer tieferen Beziehung der Handlung sucht. Um Beispiele zu geben: bei der Tödtung ist der Erfolg im deutschen Kriminalrecht von erster Bedeutung, im Duell hat man gewiß mit Unrecht vielfach Alles aus dem Erfolge bestimmen wollen; im Allgemeinen hat man oft angenommen, das deutsche Recht sehe mehr auf den Erfolg, als das römische, obgleich man, wie die spätere Ausführung zeigen wird, diesen Gedanken nie als die Grundlage einer praktischen Regel hätte annehmen sollen; endlich hat man die Befreiung eines Gefangenen aus diesem Erfolge nicht selten als eine eigene Gattung der Verbrechen aufgeführt, was sie nie war und vernunftgemäß, d. h. nach dem Standpunkte der juristischen Zurechnung, nicht seyn kann. Die beste, wenn auch nicht vollkommen richtige Stellung der Sache findet sich unter den Neueren bei Martin, denn dieser Schriftsteller hat:

I. Vor Allem die Befreiung des Gefangenen aus Schuld

des Wächters zu den besondern Dienstverbrechen gestellt, wo. auch wir davon handeln werden [1]).

II. Außerdem hat Jeder, welcher absichtlich einen Andern aus dem Gefängnisse befreit, einen Eingriff in ein wesentliches Staatshoheitsrecht begangen, und wird darnach im römischen Recht bestraft, nämlich als majestatis reus in der eigentlich römischen Bedeutung. Wenn es in der l. 4. pr. D. h. t. heißt: Item, qui confessum in judicio reum et propter hoc in vincula conjectum emiserit, so ist nicht, wie Martin zweite Ausgabe S. 514 glaubt, wesentlich, daß der Gefangene der That geständig sey [2]); sondern das Sicherungsgefängniß (custodia) trat bekanntlich nach dem Prozeß des justinianischen Rechts ein:

a) Wenn der Angeklagte geständig war [3]), oder

b) wenn der Ankläger custodiae similitudinem leiden wollte [4]), oder

c) wenn das Verbrechen von der Art war [5]), daß der Richter ex officio den muthmaßlichen Thäter einsperren lassen konnte, wobei aber immer vorausgesezt war, ut de admisso constiterit [6]), was man auf die Herstellung des Thatbestandes beziehen kann, wie es auch in der Praxis schon des Mittelalters erklärt wurde.

Dieses vorausgesezt, kann man leicht bemerken, daß in der obenangeführten Stelle nur der erste und gewöhnliche Fall genannt, die anderen Fälle aber nicht ausgeschlossen seyn sollten.

---

[1]) Schon die Karolina weist auf diesen Standpunkt, indem sie im Art. 180 mitten unter den Pflichten des Personals des peinlichen Gerichts, und nicht bei den gemeinen Verbrechen davon spricht. Ebendeßhalb hat sie aber auch die Strafloſigkeit des Wächters eines in Civilsachen Arretirten nicht aussprechen wollen, sondern es treten hier die allgemeinen Grundsätze wenigstens des fraudulosen Betragens (des crimen falsi), ein, soferne man dem Gefangenwärter damit zu Leibe kann.

[2]) Am willkürlichsten erklärt die Stelle Heffter S. 247, wenn er meint, sie beziehe sich nur auf den majestatis reus. Diejenigen, welche die Hoheit des Staats im Gefängnißwesen bedrohen, sind nach l. 1. cod. 9. 5 offenbar majestatis violatores.

[3]) L. 5. D. 48. 3.

[4]) L. ult. cod. 9. 2.

[5]) L. 3. D. 48 3.

[6]) L. 2. cod. 9. 4.

Dem steht auch dasjenige nicht entgegen, was nach Mittermaier [1]) über die Beschränkung des Rechts der Gefangennehmung auf den reus confessus bei Sanio diss. de sicar. pag. 53 vorkommen soll. In der That nämlich ist hier eine konfuse Zusammenstellung einiger Zeugnisse aus sehr verschiedenen Zeiten über die deprehensi, manifesti, confessi, aus welchen Nichts weiter folgt, als daß man mit diesen Leuten weniger Umstände zu allen Zeiten gemacht hat, als mit denen, die nur verdächtig sind. Aber es handelt sich nicht um alte SCta und Ansichten der Geschichtschreiber früherer Zeiten als davon, die Sache nach justinianischem Recht und Prozeß aufzuklären.

Also war in der That der Hauptstandpunkt des römischen Rechts in der Bestrafung der Befreiung eines Gefangenen der eines absichtlichen Eingriffs in das Staatshoheitsrecht (majestas) und dieser muß noch heutzutage als leitend angesehen werden.

Weil man aber diese Ansicht wegen des mißverstandenen crimen majestatis in deutscher Theorie und Praxis nicht hatte, so suchte man die Schuld der Befreiung eines Gefangenen entweder in einer Begünstigung des Verbrechens, weßhalb der Gefangene saß, oder in einer Theilnahme an dem Verbrechen der Selbstbefreiung des Gefangenen. Auch glaubte man, daß, wenn der Befreier vim et coactos homines gebrauche, er dadurch in das crimen de vi falle. Der leztere Gesichtspunkt, wobei auf das Wort effractor [2]) Nichts ankömmt, kann dahingestellt bleiben, weil er sich selbst rechtfertigt; aber die beiden ersten Standpunkte wird man aufgeben müssen und können. Die Noth hat sie erfunden, d. h. weil man eine solche Eigenmacht nicht straflos konnte passieren lassen, mußte man auf Begünstigung und Theilnahme verfallen, da man den rechten Faden, die injuria in rempublicam nicht fand. Hat man nun wieder den geraden Weg, so wird man gerne den künstlichen Umweg aufgeben. Aber dieser Umweg führte auch nie recht zum Ziel; denn sowohl der Begriff von Begünstigung als der von Theilnahme in der oben angegebenen Richtung paßt nicht. Die Begünstigung der That hat doch wohl ein Ende, wenn die That selbst mit der Inhaftirung des

---

[1]) Feuerbach §. 198.

[2]) Allerdings bedeutet dieß im gewöhnlich technischen Sinne etwas anders als effractor carceris. Effractor ist eine Art von Dieb.

Thäters oder gar mit der Aburtheilung desselben juristisch abgelaufen ist. Bei der Begünstigung ist von den Folgen des Verbrechens, die unmittelbar aus ihnen kommen, die Rede, und nicht von den rechtlichen Folgen der Inhaftirung und Aburtheilung. In der andern Hinsicht aber ist die Theilnahme an der Selbstbefreiung gewissermaßen ein logisches Unding als contradictio in adjecto, theils aber erscheint die Selbstbefreiung durchaus nicht als ein gemeines delictum sui generis, wie jezt auszuführen ist.

Zu allen Zeiten stehen die Gefangenen unter der öffentlichen Gewalt des Staats, welcher deßhalb die Disziplin auch durch Strafen über sie ausübt. Ebendeßhalb ist die Frage ganz unnütz, ob es nicht naturrechtlich erlaubt sey, daß der Gefangene die Freiheit sucht; — wo die potestas disciplinaris waltet, die allgemeine Rügegewalt, da muß lediglich dem Zwecke dieser Gewalt gemäß verfahren werden. Sowie der Knabe, welcher aus dem elterlichen Hause läuft, gestraft wird, so der Sträfling oder Jeder, der im Gefängnisse liegt, wenn er davon geht. Und in der That wird ein solcher nach römischem Rechte nicht allein gestraft, wenn er mit Gewalt und Konspiration verfahren ist, sondern selbst dann, wenn er wegen der Nachlässigkeit des Gefangenwärters durchgehen konnte [1]). Dabei ist es natürlich, daß man die Konspiration und Gewalt der Gefangenen als einer Kapitalstrafe verfallen ansah, weil dabei gewöhnlich große Gefahr auf der einen und Entschlossenheit auf der andern Seite ist. Wie rein disziplinarisch die Römer die Sache ansahen, geht am besten aus der Bestrafungsmethode der refugae hervor, d. h. derjenigen, die aus dem Straforte entfliehen. Bei ihrer Attrapirung wird nämlich ohne Weiteres eine höhere Strafart angewendet [2]) und ist diese Methode alsbald in das römische Strafensystem hineinregulirt. So herrscht also hier rein das System der Disziplin, weßhalb auch heutzutage arbiträre Strafen, wenn sie auch von dem ordentlichen Strafrichter und nicht von dem Verwalter der Disziplinargewalt aufgelegt werden, zu rechtfertigen sind. Eine Disziplin findet auch über diejenigen statt, die

---

[1]) L. 1. pr. D. 47. 18.
[2]) L. 8. §. 6. 7. l. 28. §. 14. D. 48. 19.

in einem Schuld- oder polizeilichen Gefängnisse leben, und daher ist auch hier gegen deren eigenmächtige Entfernung Strafe begründet, und zwar aus dem Prinzipe selbst heraus, ohne daß man der Analogie nöthig hätte. Somit ist aber zugleich gerechtfertigt, daß ein Dritter nicht als Theilnehmer eines Delikts betrachtet werden kann, welches in der über eine gewisse Person begründeten eigenthümlichen Gewalt seinen besondern Grund hat [1]).

IV. Von den verschiedenen Arten gefährlicher psychologischer Gewalt (Drohung).

§. 44.

Wer das Strafrecht auf den Buchstaben des Gesetzes gründet, kömmt überall in Verlegenheit, wer aber auf die Sitten der Völker, die ebensoviele und noch mehr Garantie für die Gerechtigkeit geben als der Buchstabe, findet Trost. Natürlich haben die Sitten der Völker oft auch einen zufälligen Grund, und dabei ihren Wechsel; aber jede Generation hat darin das Maaß ihrer Bedürfnisse und ihrer Zufriedenheit [2]).

Daß die Bedrohung zum Verbrechen werden soll, so lange man sich selbst oder der Staat uns sichern kann, ist den Sitten jedes ernsten und kräftigen Volks zuwider, und weder das römische noch das deutsche Recht stehen entgegen. Diese Ansicht läßt sich auch nicht auf wörtliche Drohungen beschränken, eben so wenig lassen sich *minae juris* davon ausnehmen, gesezt auch, diese wären fraudulose gestellt. Was man in dieser leztern Beziehung oft von Konkussion oder Erpressung gesagt hat, beruht größtentheils auf Irrthum, wie weiter unten nachgewiesen werden soll.

---

[1]) Wie wenig die Befreiung durch Dritte als Theilnahme an der Selbstbefreiung angesehen werden kann, und noch weniger als Begünstigung des Verbrechens selbst, weßhalb die Gefangenen innesitzen, geht auch aus l. 13. D. 48. 3 hervor, wornach die bloße Konspiration und zwar selbst Derer, die unschuldig im Sicherungsgefängnisse sind, bestraft werden soll. Die disziplinarische Richtung erkennt man auch gut daraus, daß die Entdecker verschont werden sollen.

[2]) Wir wollen hier nicht davon sprechen, daß das Meiste bei der Entwickelung der Volkssitten auf einem festen Ethos ruht.

Sofern die Bedrohung nicht als wirklicher Versuch eines Verbrechens erscheint, so kann sie nur dann strafbar werden, wenn man mit Verbrechen, die die allgemeine Sicherheit und Ruhe gefährden, unter Umständen droht, wo deren Ausführung nicht unwahrscheinlich ist. Und nicht einmal dieser Satz ist in seiner abstrakten Allgemeinheit irgendwo ausgesprochen, sondern gibt nur eine gewisse Richtung in der Beurtheilung des strafbaren Verhältnisses der Drohungen, nämlich die, daß Menschen, welche eine solche Entschließung zeigen, der strafenden Gewalt des Staats verfallen sind [1]); aber eine andere Frage ist es noch, ob ein wirkliches Verbrechen auf positivem Grunde vorhanden ist [2]).

Hier nämlich müssen wir uns allein auf den Landzwang und dessen etwaige Bedeutung für die Gegenwart beschränken. In den Pandekten kömmt eine Art verbrecherischer Bedrohung unter dem Namen Scopelismus vor, die jedoch dort als so auf provinziellen bösen Gebräuchen ruhend, geschildert wird, daß sie selbst bei den Römern keine gemeine Bedeutung hatte, bei uns aber sogar der faktischen Voraussetzungen entbehrt [3]).

Leider ist das gemeinrechtliche Strafrecht Deutschlands immer noch in dem traurigen Bilde aufzufassen, welches der durch bürgerliche und kirchliche Unordnungen zerrüttete Zustand des sechszehnten Jahrhunderts darbot. So geht der Reichsabschied des Jahres 1555 hauptsächlich um folgende Punkte: 1) um Beobachtung der Ruhe bis zu ausgemachten Religionszwistigkeiten; 2) um Aufrechthaltung des Landfriedens; 3) um Verfolgung der Absager, Landzwinger, des herrenlosen Kriegsgesindels u. s. w.; 4) um Beförderung der neuen Kreisordnung. — Der dritte Gesichtspunkt ist es, in welchem die verbrecherischen Bedrohungen nach gemeinem Rechte aufzufassen sind. Absager sind hier solche, welche den friedlichen Leuten Fehde ankünden. Landzwinger

---

[1]) Eine Drohung im aufgeregten Zustande unvorsichtig ausgestoßen kann unmöglich alsbald — wenn auch nur mit einer geringen Strafe zu belegen seyn. Siehe den württemb. Entwurf Art. 265.

[2]) Wir gehen bekanntlich davon aus, daß der Staat polizeilich strafen kann, wo das Unrecht zu Tage liegt, auch wenn eine Kriminalstrafe, die positiv begründet werden muß, nicht zu rechtfertigen ist.

[3]) L. 9. D. 47. 11.

solche, welche, ihr Unterthanenverhältniß aufgebend, Metier davon machen, unerlaubte Prätensionen mit gefährlicher Drohung zu realisiren — also gleichsam auf ihre Faust von ungerechtem Zwang leben [1]). Es waren dieß Nachahmungen von Seite gemeiner Leute, auf welche die häufigen Landfriedensbrüche der Angesehensten, und das damit verbundene Kriegsmetier der entlassenen Reisige und Knechte führten, woher es sich auch erklärt, daß diese gemeinen Landzwinger im Gegensatze der vornehmen Landfriedensbrecher, die nur mit Geld gestraft wurden, ohne weiters mit der Todesstrafe belegt wurden. Es ist durchaus zwecklos, dieses jenen Zeiten ganz eigenthümliche Verbrechen so zu modernisiren und in Begriffe und Merkmale zu bringen, wie es die Neueren, z. B. Feuerbach, gethan haben, sondern es ist gewiß richtiger zu untersuchen, ob nicht in unsern Zeiten ein analoger Gebrauch von der Sache gemacht werden könne. Hier müssen wir vor Allem läugnen, daß sich ein allgemeiner Gedanke und ein darnach zu benennendes Verbrechen finde, sondern man kann nur in einzelnen Fällen die Strafbarkeit annehmen, z. B. wenn in Kriegszeiten Deserteurs und Marodeurs auf eigene Faust die Dorfgemeinden durch Drohungen in Kontribution setzen; wenn ferner ausgerissene Milizpflichtige und Kontrebandierer sich in Schlupfwinkel verstecken, und durch Brand- und Drohbriefe sich Subsistenz verschaffen. Auch ist kein Zweifel, daß gefährliche Landstreicher, Gauner und schlechtes heimathloses Gesindel durch Strafmaßregeln behandelt werden können (in Gemäßheit dessen, was schon der gedachte Reichsabschied verfügt). Aber nie muß man vergessen, daß es sich in den Fällen des analogen Landzwangs nur von Drohungen handelt, während, wenn bestimmte Verbrechen begangen oder intendirt sind, lediglich darnach die Untersuchung und Bestrafung eingeleitet werden muß. Daher ist es auch gewiß verwirrend, wenn der neue württembergische Entwurf gleichsam an die Stelle des Landzwangs die Vereinigung der Uebelthäter in Banden stellt, denn der Ausdruck „Bande“ ist als Komplott für eine Reihe bestimmter Verbrechen, die wirklich ausgeführt werden sollen, und zu welchem Zwecke die Bande eigentlich entstanden ist, aufzufassen. Die Landzwinger wollen

---

[1]) Reichsabsch. von 1555. §. 48.

aber eigentlich nur schrecken, und dadurch friedliche Leute in einer gewissen Abhängigkeit erhalten.

§. 45.

Von der concussio oder Erpressung.

Nichts ist schwieriger, als Dinge juristisch bestimmen zu wollen, welche nicht schon durch die Sprache des Lebens oder durch den festen juristischen Ausdruck ihre Bestimmung haben. In diesen Dingen wird das allgemein polizeiliche Rügeamt oft eine Erndte haben, aber einestheils wird man nicht so leicht ein Verbrechen hier annehmen dürfen, anderntheils wird der Gelehrte und Gesetzgeber sich sehr hüten müssen, durch eine ungesunde Abstraktion vorzugreifen [1]). In solchen Zeiten, wo man, weil entweder die Wissenschaft konstruirt, oder weil man Alles fest durch gesetzliche Begriffe abschließen will, Mißgriffe macht, geschieht viel Uebels. Auch die römischen Juristen, wenigstens Justinians Kompilatoren sind in der zweiten Hälfte des 47. Buches nicht freizusprechen. Sie geben da eine Reihe von Delikten, die, durch deren hier geschehene Aufstellung, als wirkliche Verbrechen ohne genaue Unterscheidung der wahren Verhältnisse angesehen worden sind. Namentlich sind Privatrechtsfolgen und polizeiliche Wahrnehmungen gar sehr mit dem eigentlichen Standpunkte eines **delicti publici** vermengt, und es ist dieß gewiß die schlimmste Seite in der ganzen Kompilation. Unter dem Titel **de sepulcro violato** wird im Eingange das prätorische Edikt, am Ende die Kriminalpraxis aus Paulus Zeiten angeführt; unter dem Titel **de effractoribus** wird von Erbrechen der Gefängnisse und von gefährlichen Dieben gehandelt, bei dem Titel **de termino moto** wird keineswegs der Standpunkt des Verbrechens angezeigt, worin doch selbst die Karolina Justinians Arbeiter übertroffen hat. Aber der schlimmste Titel unter Allen ist der *de concussione*. Keiner noch hat eine sichere Erklärung dieses Wortes gegeben. Das Wort zeigt auf eine Gewalt hin, welche unmittelbar oder mittelbar ausgeübt werden soll, und zwar, ohne daß es eine körperliche Gewalt wäre, wenn auch die Wirkung gleich der einer körperlichen Gewalt ist. Es ist also nicht eine

---

[1]) In den neueren Gesetzentwürfen ist dieß der häufigste Fehler.

bloße Drohung, sondern man glaubt gewöhnlich, es seyen minae juris, weil das Recht dieselbe Gewalt übt, wie die physische Selbsthülfe. Aber die concussio an und für sich ist nicht eigentlich das Verbrechen, sondern ein von öffentlichen und Privatpersonen gebrauchter Kniff (sordida concussio [1]). Jedenfalls treten die privatrechtlichen Folgen von dolus oder metus ein, und gewiß auch die Korrektion, die man aus solchem Standpunkte nehmen darf. Aber nie ist die Handlung zu einem eigenen Verbrechen gemacht worden, wie man auf das Klarste sieht aus l. 2. D. h. t. Man hat in der deutschen Sprache den Ausdruck „Erpressung“: derselbe bezeichnet eine durch wirkliche körperliche Gewalt, aber auch eine durch Ungestümm aller Art, selbst durch unanständiges Dringen in Worten bewirkte Ueberlassung von Dingen: das Wort ist hiernach für das Leben in seiner mannichfaltigen Erscheinung, wo ein Wort sehr verschiedene Richtungen eines allgemeinen Begriffes ausdrücken muß, gut — für die Jurisprudenz aber unbrauchbar und wenigstens untechnisch, d. h. für sich allein gibt es keine feste juristische Bedeutung. Gerade so verhält es sich mit dem concutere. Der Ausdruck selbst kömmt sehr wenig im Corpus juris vor, und immer nur, um durch den Gegensatz etwas anzudeuten [2]), oder um auf den Begriff eines Erzwungenen oder durch falsche Drohungen Herausbetrogenen hinzuweisen. Das concussionis judicium, welches, wie der Jurist klar sagt, kein publicum ist, kann nach dem Privatrechtssystem nichts Eigenthümliches seyn, sondern es werden unter diesen allgemeinen Namen die verschiedenen Rechtsmittel von dolus, metus, ihre Erscheinung als actiones in factum, restitutiones u. s. w. verstanden, wozu auch die l. 1. D. h. t. vortrefflich paßt. Der Ausdruck selbst „concussionis judicium“ gehört nicht der klassischen Zeit an, sondern in jene Periode, wo die Officialthätigkeit der kaiserlichen Beamten in bekannter Willkür so manchen Ausdruck des Lebens in ihre eigene Art polizeilicher Wirksamkeit zog, wie sollicitatio alienarum nuptiarum, receptatio, expilatio u. s. w., womit an sich noch nicht juristische Ausdrücke gegeben, und die Bestimmung des Delikts erst

---

[1]) L. 1. §. 4. D. 3. 6.
[2]) L. 1. §. 4. D. 3. 6.

durch nähere Anwendung dieser Ausdrücke bewirkt werden muß. So sind dann in der That einige dieser Ausdrücke nur für einzelne schändliche casus, die der kaiserliche Beamte nicht ungeahndet ließ, gebräuchlich, wie die zwei ersten der obigen Worte: andere gehören in die verschiedenen genera delictorum, wie z. B. die expilatio in das furtum, in die vis, und nicht anders ist es auch bei unserer concussio. Dieß angebliche Delikt läßt sich nur in zwei etwas bestimmte Richtungen bringen, nämlich als Mißbrauch der obrigkeitlichen Botmäßigkeit, die keine wahre vis ist, und als Bedrohung mit einer schweren Anklage (crimen). In der ersten Hinsicht aber sind die Fälle so verschieden, daß sich gar nichts hier generalisiren läßt, sondern vielmehr, wo nicht noch etwas dazukömmt, wie etwa falsum, Bestechung, nur ein Dienstvergehen anzunehmen ist, was man in der deutschen Praxis oft durch Beziehung auf den verletzten Diensteid zum Verbrechen zu erheben suchte, wobei es aber doch immer erst in concreto darauf ankömmt, wie der Diensteid abgeleistet wird; in der andern Hinsicht ist die Bedrohung nicht unerlaubt, wenn die Anklage begründet ist, und man das Recht dazu hat; außerdem aber ist die Strafbarkeit, wie die l. 2. D. h. t. ausdrücklich sagt, nur durch die Richtung des falsi gerechtfertigt. Bei diesen Umständen, und zumal auch nicht im Kodex etwas Näheres über die Konkussion vorkömmt, ist es erklärlich, daß von den älteren italienischen Juristen an bis auf unsere Tage, wie schon Hefftter gehörig ausgeführt hat, Niemand mit dem Worte Konkussion einen festen Begriff verband, sondern Alle sich dahin bestrebten, den Ausdruck des Lebens auf den einen oder andern Fall hinzuweisen. Diese Art von Jurisprudenz ist aber höchst verwerflich, und es erscheint uns daher nöthig, den Ausdruck „Konkussion“ aus dem schwarzen Reiche der Verbrechen gänzlich zu verbannen.

§. 46.

Was der Dichter in Hinsicht auf das Forterben der Rechte in der Aehnlichkeit zu den Krankheiten sagt, paßt mehr auf Unrecht und Verbrechen; des Dichters Sprache ist dießmal arge Ironie. Aber nach der rechten Ansicht: die Verbrechen als Krankheiten angesehen, gewähren sie einen reichen Stoff philosophischer Behandlung. Am Wichtigsten dabei ist wohl der Umstand, daß

die meisten Krankheiten bei Vornehmen und Niedrigen gleichergestalt hervortreten; auch die Verbrechen, daß aber oft Ausnahmen von dieser höchst natürlich scheinenden Regel hier und dort vorkommen. Eine Krankheit zeigt sich oft bei Vornehmen und Gebildeten mehr geistig als körperlich, bei Gemeinen und Rohen aber in umgekehrter Wirksamkeit, und dasselbe Verbrechen ist bei dem Einen wegen der Endabsicht, oder wegen der gemeinen Meinung des Standes, oder wegen einer gewissen Art zu denken, ganz anders als bei den Andern. Wenn in den Zeiten der römischen Unruhen gewaltsame Wegnahmen und Zerstörungen stattfanden, so war es nicht das Gewerbe des gemeinen grassator und incendiarius, sondern die edlere Selbsthülfe und der politische Haß: wenn im deutschen Mittelalter von Rittern geraubt und gesengt wurde, so war es nicht die Schuld gemeiner Räuber und Mordbrenner, sondern ein Landfriedensbruch; denn überall war es nicht die bloße Absicht, kleinen Gewinn zu machen, und Menschenleben eines kleinen Gewinns wegen zu gefährden, sondern das ritterliche Gewerbe der Fehde, der politische Zweck und der wilde Sinn des römischen Parteihaupts; jene Ansicht geheiligt durch Standesgebräuche und durch die frühere Denkart der Nation; diese Sitte erzeugt in den wilden Stürmen der Anarchie oder des Bürgerkriegs. So erklärt es sich daher auch, daß in der Jurisprudenz aus dem Ende der römischen Republik im crimen de vi nicht das Verbrechen des gemeinen grassator gefunden wird, aber doch auch nicht in dem bloß aus dem privatrechtlichen Standpunkte aufgefaßten gewaltsamen furtum die Schuld des latro; ferner erklärt es sich, daß der gemeine Straßenraub und die Brandstiftung außer der, wenn auch unerlaubten Fehde, immer eine eigene Charakteristik darboten. Zum deutschen Recht gibt uns den besten Schlüssel die Zusammenstellung der Karolina selbst. Offenbar gehören zusammen die Art. 124—129, wovon der erste von der Verrätherei und die andern von der Verletzung des gemeinen Friedens sprechen. Alle Verbrechen von Art. 125—129 gehören zum Landfriedensbruch, welches Wort in der Karolina selbst nicht gebraucht ist, weil es eigentlich damals schon auf die Reichsunmittelbaren und auf die Jurisdiktion des Kammergerichts sich bezog; allein die Gewaltthaten und Erfolge, welche beim Landfriedensbruch vorkommen, sind ja gerade

diejenigen, welche in den bezeichneten Artikeln genannt werden. Vor Allem verfügt der Art. 129, daß alle Fehde unerlaubt sey, welche nicht vom Reiche gestattet, oder zur Vertheidigung geführt werde; die Folge der unerlaubten Fehde ist zwar kapital, aber die Schöppenrichter sollen hier überall Raths bei den Rechtsverständigen holen. Sofort sieht man, daß auch außer der unerlaubten Fehde Brandstiftung und Raub und zwar um so härter gestraft werden sollen, als die boshaftige Richtung dieser Verbrechen und der Umstand, daß etwas Gemeines und Schändliches dahinter liegt, die Schuld vermehrt. Dieß ist die Stellung von Brand und Raub im gemeinen deutschen Rechte; sie können daher nicht aus dem römischen **crimen de vi**, nicht aus dem deutschen Landfriedensbruche allein, nicht als gemeingefährliche Beschädigung und Entwendung, nicht aus der **lex cornelia de sicariis**, welche auch die **incendiarii** einschloß, nicht nach der Bedeutung der **latrones** und **grassatores** erklärt werden, sondern als Verbrechen, die den gemeinen Frieden stören und wobei, wenn auch nur ein Einzelner handelt (was beim Landfriedensbruch anders ist), die Bosheit und Gefährlichkeit mehr angeschlagen wird, als der Erfolg. Es hängt dieser Punkt offenbar auch zusammen mit der Ansicht der karolingischen Zeit von den **causae graviores** und der späteren Zeit von den vier hohen Rügen: Mord, Nothzucht, Brand und Raub (oft auch statt Raub Diebstahl, wo aber offenbar nur jene Diebstähle gemeint waren, die als Vergewaltigungen oder Raub hervortraten [1]). Wenn schon in ganz alter Zeit Rauben mit dem Brande zusammengestellt ist [2]), und wenn dann die Räuber in den Kapitularien **latrones** und **malefactores** genannt werden, so sieht man, daß hier zwar vorzüglich die Wald- und Straßenräuber, und Mordbrenner verstanden sind im Gegensatze derjenigen, die bei erlaubter Gewalt nehmen und brennen; allein in der Zeit der Karolina, wo der Gebrauch der Befehdungen schon verhaßt war, wollte man alles Brennen und Rauben als Verbrechen ansehen, und in diesem Geiste sind auch

---

[1]) Das Wort „Raub“ im weiteren Sinne nämlich ist nur eine Qualifikation der Entwendung; aber im engern Sinne steht es anders. Meine Zeitschrift. I. Bd. 3. Heft.

[2]) Grimm II. S. 635.

die Art. 125, 126 so allgemein gefaßt [1]). Da das Fehderecht ganz abgekommen ist, so kann man noch unbedenklicher in der allgemeinen Auffassung der Sache seyn, und die Lehre von der Brandstiftung wird darnach jezt sehr einfach darzustellen; dagegen die Lehre vom Raub immer noch manche Schwierigkeiten, wenn auch aus einem andern Standpunkte, nämlich in der Richtung zum Diebstahl darbieten.

Von der Brandstiftung.

I. Römisches Recht.

§. 47.

Es ist viel darüber geschrieben, ob etwas von der Brandstiftung in den XII Tafeln stand. Gewöhnlich nimmt man es an, weil Gajus in seinem Werke über die XII Tafeln von der Brandstiftung spricht: allein sicherlich hat er das spätere Recht mit dem alten verbunden und der Schluß ist daher unbefriedigend. Auch hat Wächter [2]) nachgewiesen, daß die **poenae crucis et cremationis** ebenso in der uralten Zeit, wie in der Kaiserzeit gebräuchlich waren, und daß auch aus der Strafart nichts gefolgert werden kann. Wichtiger als eine hierauf gerichtete Untersuchung ist die Ansicht, daß die Brandstiftung gewiß in der ersten Periode des römischen Strafrechts zu den todeswürdigen Verbrechen gehörte, wenn sie **dolo malo** vorgenommen wurde, und im besondern Zwecke gefährlich war. Das Strafrecht dieser Zeit sowohl aus dem Standpunkte des **sacrilegii** [3]) als des **paricidii** oder der **perduellio** [4]) war nicht durch einzelne Thatbestande normirt, als vielmehr durch den allgemeinen Begriff einer staatsgefährlichen Uebelthat, die man als **violatio** der

---

[1]) Die boshaftigen überwundenen Brenner — jeder boshaftiger überwundner rauber.

[2]) De incendio Lipsiae 1833.

[3]) Der Brandstifter war der Göttin Vesta verfallen. Bouchaud Comment. sur la loi des douze tabl. t. II. p. 19. ed. II. Paris 1803.

[4]) Daß auch die weltliche Kapitalstrafgerichtsbarkeit angeregt war, geht aus den vincire und verberare hervor, was mit der Kapitalstrafe vor der lex Porcia und Sempronia verbunden war.

höchsten Grundsätze des göttlichen und menschlichen Rechts (violatio Deorum et patrum vel patriae [1]) ansehen kann. Ein ganz besonderes Beispiel für diese unsere Ansicht findet sich nach Dionysius bei Valerius Maximus l. 1. c. 13, wo der Duumvir M. Tullius als parricida mit der poena culei belegt wurde, quod librum secreta civilium sacrorum continentem, custodiae suae commissum, corruptus Petronio Sabino describendum dedisset. Es begreift sich daher leicht, daß man damals die einzelnen Delikte weder benannte noch klassifizirte, nichtsdestoweniger aber ihre Strafwürdigkeit wohl erkannte und aussprach. In der zweiten Periode wurde die Brandstiftung bei dem crimen de vi und bei dem crimen sicariorum erwähnt, aber keineswegs, um dieselbe juristisch zu bestimmen, weßhalb auch Hofacker sehr Unrecht hat, wenn er aus dem Verhältnisse zur lex de sicariis allgemeine Merkmale des Verbrechens ableiten will [2]), vielmehr kömmt die Brandstiftung hier vor, weil sie als eines der Mittel erscheint, die in den leges de vi et de sicariis vorgesehenen Erfolge herbeizuführen. Ebendeßhalb steht die Brandstiftung hier nicht anders, als wie sie in den deutschen Gesetzen schon des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts bei den Landfriedensbrüchen vorkömmt, d. h. als ein Mittel, die eigenthümlichen Gewaltthaten jener Art zu realisiren — nicht aber sollte dadurch im Allgemeinen der Begriff von Brandstiftung gesetzlich normirt und resp. beschränkt werden [3]). Dabei ist anzuführen, daß die leges quaestionum nicht alle strafwürdigen Handlungen oder diese nach allen

---

[1]) Daß noch zu Ciceros und Cäsars Zeit das Wort parricida die allgemeine Bedeutung eines an dem Staat begangenen Kapitalverbrechens hatte, beweist eine Stelle bei Suetonius Jul. Caesar c. 43. Poenas facinorum auxit: et quum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exsulabant, *parricidas* ut Cicero scribit, bonis omnibus, reliquos dimidia parte multavit.

[2]) Kriminalarchiv V. Band. In unserer Entwickelung des Strafrechts S. 175 ist allerdings die Brandstiftung als ein dem Menschen lebensgefährliches Verbrechen dargestellt, aber keineswegs behauptet, daß allein nach diesem Merkmale der Thatbestand bestimmt werden müsse.

[3]) D. h. auch solche, die Brand stifteten, ohne Landfriedensbrecher zu seyn, konnten bestraft werden.

Seiten umfassen sollten; vielmehr waren sie nur Spezialgesetze, die nicht nur jeden Augenblick sogar für einen schwebenden Fall durch ein Specialgesetz und resp. Instruktionen des Volks unanwendbar gemacht werden konnten, wie man aus Cicero pro Milone c. 5. am besten sieht, sondern die den allgemeinen Begriff des Kapitaldelikts, d. i. der perduellio oder des parricidii nicht aufgehoben hatten. Wenn Cicero als Defensor sich an die starren Sätze der leges quaestionum halten will, so kann er doch mehr nicht deduciren, als daß die Strafen und Exekutionsformen der perduellio nicht mehr im Gebrauch seyen; aber er kann weder behaupten, daß Nichts öffentlich strafwürdig sey, was nicht in den leges comit. stehe, noch kann er überhaupt auf allgemeine Grundsätze des Strafrechts hinweisen. Deßhalb war es auch so leicht, als in der III. Periode die Jurisprudenz der Quästionen aufgehoben wurde, durch Konstitutionen und Praxis die Bestrafung gewisser Uebelthaten vorzunehmen, ohne gerade auf die leges zurückzukommen. Dieß ist namentlich der Fall bei den incendiariis, grassatoribus und latronibus. In der ersten Beziehung sieht man dieß klar aus l. 9. D. 47. 9. und aus l. 28. §. 12. D. 48. 19. — Das Kriminalwesen dieser III. Periode wird gewöhnlich nicht richtig aufgefaßt. So lange nämlich die leges judiciorum publicorum im Gebrauche waren, suchte man damit auszureichen, und nur in außerordentlichen Fällen verfügte der Senat etwas Besonderes; dabei konnte er unbedingt über Nichtbürger entweder selbst oder durch die Magistrate judiciren lassen, und hier blieb Willkür und Todesstrafe immer in Uebung. Als sofort das Bürgerrecht ziemlich allgemein wurde, mußte sich diese Gewalt mit den Beschränkungen der leges zu vereinigen suchen, und dieß war die Hauptveranlassung zu der neuen Ordnung, wornach man wohl die speziellen leges in Ehren ließ, aber doch auch wieder die bis hieher für Nichtbürger bestehende arbiträre Bestimmung der Verbrechen und Strafen allgemein machte. Die kaiserliche Macht, an die Stelle des Senats tretend, erleichterte die Ausführung dieses Verhältnisses und so konnte das incendium als ein todeswürdiges Verbrechen erscheinen, ohne daß man sich des Gegentheils wegen auf die lex de sicariis oder de vi berufen konnte. Daher sagte Paulus ganz allgemein:

Incendiarii, qui consulto incendium inferunt, summo

supplicio afficiuntur [1]) und daher konnte das „consulto“ auch mit den zwei Richtungen des dolus, nämlich dem animus lucri faciendi (praedae) und der reinen malitia (inimicitiae) näher bezeichnet werden, und jede Hinweisung auf die besondern Zwecke der lex de sicariis und de vi fort umgangen werden. Damit ist endlich auch der Zweifel über die Bedeutung der Worte „praedae et inimicitiarum gratia“ gelöst; nämlich wenn auch nicht zum Zwecke einer lebensgefährlichen Unternehmung oder einer im besondern politischen oder Privatinteresse intendirten Gewaltthat die Brandstiftung gemacht wurde, und man nach der buchstäblichen Interpretation der leges de sicariis und de vi hätte absolviren müssen, so sollte doch überhaupt die Brandstiftung als ein todeswürdiges Verbrechen erscheinen. Freilich mußte die Praxis einige Rücksicht auf den Stand der objektiven Gefahr nehmen, und daher kömmt der Unterschied der Brandstiftung in oppido und extra urbem [2]). Damit war denn auch der Umstand beseitigt, daß die lex de sicariis nur auf Rom und dessen nächste Umgebung berechnet war. Endlich versteht es sich von selbst, daß die Brandstiftung in unserm Sinne nicht jedes damnum igne datum ist, oder der entsprechende Versuch dazu, sondern daß sich diese Uebelthat auf die Anzündung von Wohngebäuden [3]) bezieht, und von Gegenständen, die mit diesen in unmittelbarer Verbindung stehen, dagegen die Anzündung von messes und silvae nicht als Regel hieher gehört. Darin aber liegt allerdings etwas die Lebensgefahr im Auge Habendes, wenn man auch nicht mit Hofacker die Bedeutung der Strafbarkeit und des Thatbestandes

---

[1]) S. R. lib. V. tit. 3. §. 6.

[2]) L. 28. §. 12. D. 48. 19.

[3]) Verschieden denken Philologen und Juristen über das Wort „insula“ und insularius. Jedenfalls scheint insula ein bedeutendes in sich nach 4 Seiten zusammenhängendes und nach Außen freistehendes Gebäude und insularius ein mit einem Wohnrechte in einem solchen Gebäude Versehener zu seyn. Wenn der Anzünder einer insula gestraft werden soll wie ein gewöhnlicher Brandstifter (quasi incen. diarius) l. 10. D. 48. 8., so mochte die ratio dubitandi bloß in der freien Lage der insula liegen, wie sie auch mit der villa und dem arbustum zusammengestellt wird. (Coll. XII. 7.)

des incendii aus der lex de sicariis und deren Tendenz des Schutzes des menschlichen Lebens ableiten darf. [1]).

Am Schlusse dieser kurzen Darstellung über das römische Recht ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Todeswürdig war die consulto geschehene Brandstiftung nur dann, wenn in oppido ein mit andern Häusern zusammenhängendes Gebäude oder eine damit in Verbindung stehende andere Sache angezündet wurde. Bei einer insula oder bei einer extra oppidum stehenden villa und casa war man weniger streng.

2) Die inconsulto geschehene Brandstiftung sollte nicht ungerügt bleiben, aber sie wurde schon bei den Römern mehr im polizeilichen Geiste behandelt — namentlich vom praefectus vigilum gestraft und nur ex arbitrio, wobei Vieles davon abhing, ob der Brandstifter den Schaden ersetzen konnte.

3) Die Beschädigung durch incendium wurde nicht nur nach der lex aquilia behandelt, sondern der Prätor sah auch jede gelegentliche Beschädigung bei einem incendium, wie bei andern allgemeinen Unglücksfällen als ein besonders zu ahndendes Privatdelikt an. So zufällig ist des incendii als etwas Selbstständigen, jedoch gerade hier mit Unrecht, im Corpus juris erwähnt [2]), während die selbstständige Richtung des crimen nur noch aus Fragmenten theils dieses Titels, theils des Titels de poenis zu erkennen; und Alles allein auf das crimen de vi, und de sicariis, und auch hier wieder sehr unbefriedigend hingeführt ist, was so die Ursache an der wenig befriedigenden Darstellung fast aller älteren und neueren Interpreten des römischen Rechts geworden ist.

II. Germanisches Recht.

§. 48.

Die Brandstiftung gehörte schon in den Zeiten der Karlinger zu den causis gravioribus, später zu den Sachen des Ungerichts. In den Kapitularien ist dieses Verbrechens ausdrücklich

---

[1]) So ist Wächter zu berichtigen, wenn er sich zu strenge der Hofacker'schen Idee entgegenstellt.

[2]) Dig. 47. 9.

gedacht. Als Sache des Ungerichts, und zulezt der hohen peinlichen Gerichtsbarkeit steht das Verbrechen unbezweifelt fest. Aber am wichtigsten ist der Umstand, daß bei den Geboten des Landfriedens der Brandstiftung ebenso erwähnt worden ist, wie bei dem römischen crimen de vi, und daß dieser Standpunkt gar bald gewissermaßen herrschend und die Brandstiftung mehr als Vergewaltigung, wie als heimliche feige Schadenszufügung und Lebensbedrohung angesehen wurde. So tritt die Brandstiftung auch im System der Bambergensis und der Karolina auf; allein es ist unzweifelhaft, daß diese Richtung nur dem zufälligen Stande der politischen Ordnung vom 13. bis in das 16. Jahrhundert zuzuschreiben ist, wo alles Strafrecht gegen die Reichsunmittelbaren Unterthanen unter dem Standpunkte des Landfriedensbruchs gleichsam gebracht wurde. In der That hat aber die Brandstiftung in der Karolina und hatte auch früher eine allgemeinere Richtung als selbstständiges Delikt; ja ohne diese Richtung hätte sie in der Karolina gar nicht erscheinen können, weil der Landfriedensbruch dahin nicht gehörte. Höchstens konnte man sagen, daß die nicht Reichsunmittelbaren, welche an einem Landfriedensbruche Antheil nahmen, den gewöhnlichen Schöppengerichten der Karolina verfallen waren. Ueber den Thatbestand der Brandstiftung kömmt aber überall in den deutschen Rechtsquellen nichts vor, und deßwegen allein sind wir auf das römische Recht darüber verwiesen.

III. Italienisches und deutsches Recht des späteren Mittelalters.

§. 49.

In solchen Beziehungen sieht man recht deutlich, wie man überall an den Fragmenten der römischen Sammlung hing, und wie man das germanische Recht, namentlich auch in Italien die Statuten nicht mit dem römischen Rechte zu verbinden, oder sich überhaupt zum Systeme zu erheben wußte. Die Italiener, z. B. Bonifacius, sprachen vom **Incendium** bei Gelegenheit des Pandektentitels über die Beschädigung in **incendio, ruina, naufragio etc.** und gedachten dabei wohl der öffentlichen Bestrafung des **incendiarius** nach dem Unterschiede der dolosen und kulposen Brandstiftung, ferner des Objekts; der **aedes** oder **segetes** u. s. w.

— sie verweisen auch dahin, daß, wer eine Kirche anzünde, nach kanonischem Rechte geistliche Strafen zu erwarten habe — die Späteren machten nach den Observanzen auch manchmal etwas davon abhängig, ob ein Mensch dabei ums Leben gekommen ist, oder nicht, wie Clarus — auch davon, ob der Brandstifter eine angesehene oder gemeine Person, das angezündete Haus ansehnlich oder unbedeutend, der Schaden groß oder klein ist; allein nirgends hatte man eine sichere Grundlage für alle diese Behauptungen. Der Sachsenspiegel spricht vom Mordbrand, offenbar eine heimliche, gefährliche, nicht in ehrlicher Fehde vorgenommene Brandstiftung damit meinend — die Spiegler des römischen Rechts führen die Sache, wie die italienischen Juristen etwa so: „Item wer in prünsten, Niederfallen der Gebände oder Schiffbrüchen etwas nimmt“ also Sinn und Geist des römischen Rechts über die Brandstiftung gänzlich mißkennend. Endlich Carpzow schließt sich wieder an das besser erkannte römische Recht nach dem Unterschiede des **incendii in oppido** und **in villa commissi** aber mit vielen Einzelnheiten, die lediglich aus den Ansichten seiner Zeit entnommen sind, an und so hatte man wohl auf alle Fragen eine Antwort, aber sorgfältig und konsequent ist die Lehre bei so ungenügenden Vorarbeiten für die neueste Praxis noch nicht behandelt worden.

§. 50.

Gemeines Recht.

I. Grundlage für die dogmatische Bestimmung dieses Verbrechens ist weder

a) der Landfriedensbruch, weil dieser mittelalterliche Standpunkt ganz verschwunden, auch die Brandstiftung nur als eine einzelne Seite dieses Verbrechens, keineswegs selbstständig und ausschließend hier aufgefaßt seyn sollte, noch

b) die römische Lehre **de vi** oder **de sicariis**, weil die **leges quaestionum** nicht weniger das Recht des römischen Mittelalters bilden, und das **incendium** jederzeit ohne Rücksicht auf diese **leges** ein Kapitalverbrechen war, ebenso wenig

c) kann der Standpunkt der Beschädigung entscheiden, weil dieser weder bei den Römern noch bei den Deutschen die

Grundlage für die öffentliche Strafbarkeit der Brandstiftung bildete [1]), aber man kann endlich

d) auch nicht in allgemeine Ansichten von einer Gemeingefährlichkeit mit den Neuesten Etwas setzen; sondern uns scheint die Gewalt des aufgeregten Elements in Betracht genommen werden zu müssen, und von diesem Standpunkte aus der Verbrecher als Ursache einer höchst schlimmen Gewaltthat, wodurch die heiligsten Interessen der geselligen Ordnung gefährdet werden, zu erscheinen. In dieser Beziehung haben die Römer, wenn auch zu einem andern Zwecke, die Beschädigungen in turba (coactis hominibus) in ruina naufragio et incendio zusammengestellt, denn die losgelassene menschliche und physische Gewalt ist gleich gefährlich [2]). Hiernach hängt dann

1) Nichts von der Lebensgefährlichkeit in abstracto und in concreto ab, und es war hauptsächlich der falsche Standpunkt aus der lex cornelia de sicariis, welcher hier verführte,

2) es gehört keine besondere Art des dolus dazu. Die zwei allgemeinsten Richtungen des dolus als animus lucri faciendi und als malitia (inimicitiarum gratia) genügen, und eben deßhalb kann dieß Verbrechen sowohl ex proposito als in animi impetu begangen werden. Der Ausdruck in der Karolina „alle boshaftigen Brenner“ will im Grunde dasselbe sagen, was die Römer mit den Worten consulto, data opera, dolo malo ausdrücken, und man hat nicht nöthig, „nicht boshaftige Brenner“, d. i. solche, die etwa in erlaubter Fehde Brand stiften, als Gegensatz im Sinne des Gesetzgebers zu denken. Also der bloße animus incendii faciendi genügt.

§. 51.

II. Zur näheren Bestimmung des Thatbestandes aber ist auf das römische Recht zu sehen und zwar

---

[1]) Wächter spricht von der Eigenthumsbeeinträchtigung, aber dieser Ausdruck deutet mehr auf ein civilistisches als kriminalrechtliches Verhältniß.

[2]) Daher bildet auch wirklich die durch einen Durchstich oder durch den Mißbrauch einer Schleuße veranlaßte für ein oppidum gefährliche Ueberschwemmung eine Analogie, und einen Fall, wo nach

1) darauf, daß der Zweck die Anzündung von Gebäuden und menschlichen Aufenthaltsorten seyn muß. Es ist sehr wohl nach diesem Zwecke der eigentliche Gegenstand und der unmittelbare Gegenstand des Verbrechens zu unterscheiden. Jede anzündbare Sache kann unmittelbarer Gegenstand seyn, wenn nur die Anzündung der menschlichen Wohnungen und Aufenthaltsorten dadurch bewirkt werden kann. Wo dieß aber der Fall nicht ist, wenn z. B. ein mit vielen Waaren beladener Wagen auf offener Heerstraße, oder eine Waldung in großer Entfernung von menschlichen Wohnungen angezündet wird, da wird als Regel der Standpunkt der Beschädigung allein entscheidend bleiben. Jedoch wird immerhin in Erwägung zu nehmen seyn

a) die Art der Brandstiftung und

b) die besondere Böswilligkeit der Unternehmung. In der ersten Hinsicht werden gefährliche Waldbrände, das Anzünden des Getraides auf dem Halme, Pulverexplosionen mit dem Zwecke, etwas dadurch in Flammen zu setzen, namentlich Anzünden von Pulverbehaltungsorten, ferner Anzünden von Schiffen, von Bretterhütten enthaltend Werkzeuge und Materiale verschiedener Art u. s. w. ziemlich zu strafen seyn; denn einestheils haben auch die Römer die **messium vinearum olivarumque incensores** mit öffentlichen Strafen belegt [1]), und es ist zwar, weil davon Nichts im **Corpus juris** steht, die Strafbarkeit nicht durch den Buchstaben des Gesetzes für das gemeine Recht zu rechtfertigen, aber nach unsern Ansichten [2]) muß bei solchen **probra naturâ talia** Theorie und Praxis eingreifen, wie dieß auch nach dem römischen Provinzialrechte und dem damit zusammenhängenden **jure gentium** der Fall war [3]); anderntheils hat die Karolina sicherlich solche Fälle nicht ausschließen wollen, denn sie spricht ganz allgemein von den boshaftigen Brennern und der Interpretation ist dadurch in Deutschland im Geiste der allgemeinen Bedeutung von Brandstiftung der Weg geöffnet [4]). Der Bildner des gemeinen

---

gemeinem Rechte und vielen Landesrechten eine **poena sine lege** wird erkannt werden müssen.

[1]) Paulus S. R. V. 20. §. 3. Coll. legg. Mos. XII. 3.

[2]) Entw. §. 1.

[3]) L. 16. §. 9. D. 48. 19.

[4]) Martin Lehrb. §. 178. Archiv neue Folge I. S. 507.

deutschen Kriminalrechts kann in solchen Beziehungen nicht den Grundsätzen der Auslegung der neuern Gesetzbücher folgen, sowie überhaupt die juristische Hermeneutik weniger allgemeine Grundsätze aufzuweisen hat, als in Hinsicht der Sprache ein Anschließen an Kritik und Grammatik, hinsichtlich der Sache aber die historische Einsicht und Vollkenntniß des Materials mit allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsbildung. Daß gerade bei solchen Anzündungen die Böswilligkeit des Verbrechers besonders anzuschlagen ist, fällt in die Augen. Daraus wird auch am besten die Strafwürdigkeit gerechtfertigt und die Stimmen derjenigen unterdrückt werden, welche von unserer Theorie über die naturâ probra Gefährdung der Unschuld und bürgerlichen Freiheit argwohnen.

2) Daß kein Unterschied zwischen eigentlichen Städten und Dörfern seyn kann. Es ist dieß eine bloße Folge aus dem Grundsatze ad 1. Zwar haben Viele [1]) sich an die römischen Worte **in civitate, in oppido** gehalten, und glauben, daß ein Dorf darunter nicht begriffen werden könne; allein das Verhältniß unserer kleinen Städte, Märkte, großen und kleinen Dörfer, Weiler war den Römern ganz unbekannt, und es läßt sich gar kein Grund denken, so lange nicht von wirklichen einzelnen Wohngebäuden oder Weilern die Rede ist, den Ausdruck „civitas“, d. i. Aufenthaltsort für ein bürgerliches Gemeinwesen, als unanwendbar zu erklären [2]). Natürlich ist hier von der absoluten Strafbarkeit und noch nicht von der relativen Ausmessung der Strafe die Frage.

3) Daß kein Unterschied zwischen fremden Häusern und dem eigenen Hause des Brandstifters seyn kann. In solchen Punkten konnte nur die Aufstellung falscher Begriffe, wie z. B. der Eigenthumsbeeinträchtigung, der Beschädigung u. s. w. Skrupel

---

[1]) Z. B. nach Wächter II. S. 383.

[2]) Es kann auch nicht darauf ankommen, was die Karolina nach dem Standpunkte ihrer Zeit gedacht hat; der praktische Jurist ist die Fortentwickelung der Bauern- und Kolonathäuser zu Dorfgemeinwesen wohl anzuschlagen berechtigt, und in Ländern, wie z. B. in Baden, wo die Gemeindeverfassung in Städten und Dörfern dieselbe, und auch sonst die Annäherung der Dörfer an die Städte außerordentlich ist, wird man unsrer Jurisprudenz keine Einwendungen machen.

erregen; nimmt man aber die Gewalt des aufgeregten Elements, so sieht man gar nicht ein, wie dieser Punkt disceptabel seyn konnte. Aber was wichtiger ist, die Vorgabe der Brandstifter, daß ihr Plan so eingerichtet gewesen, damit weder Leben noch fremdes Eigenthum Schaden und Gefahr habe leiden können, hilft Nichts; denn Niemand kann hier sicher stehen.

Mit den Elementen
Ist kein fester Bund zu schließen,
Und das Unglück schreitet schnell.

Also werden solche Brandstifter nie verlangen können, bloß aus dem Standpunkte des intendirten Betrugs gegen die Brandkassen oder aus andern Gründen mit Niederschlagung der Brandstiftung behandelt zu werden.

4) Daß kein Unterschied seyn kann hinsichtlich des Orts, wo die Anzündung verübt ist, und wornach etwa der Brand leicht entdeckt werden konnte, ferner hinsichtlich der Zeit, ob bei Nacht und Tag, ob an Sonn- oder Werktagen, ob bei Gelegenheit der Entfernung des größten Theils der Einwohner, bei feierlichen oder ängstlichen Lagen u. s. w. Natürlich kann der Richter, soweit etwas bei der Ausmessung der Strafe von seinem arbitrio abhängt, darauf Rücksicht nehmen.

5) Auch kömmt Nichts darauf an, ob die Anzündung heimlich oder offen, allein oder in Verbindung, mit speziellen verbrecherischen Zwecken oder aus Rache vor sich geht (vorbehaltlich der Konkurrenz der Verbrechen) und der Ausdruck „Mordbrand“ im Gegensatze zum einfachen Brand ist jezt einflußlos. Das Beiwort „Mord“ mochte in den verschiedenen mittelalterlichen Qualifikationen der Verrätherei, der Gewalt an fremdem Haus und Wehr, des Ueberfalls und der Bedrohung von Leben und Gut verschiedene Bedeutungen, und jedenfalls eine Ausdehnung gehabt haben, die sich bei veränderten Verhältnissen am wenigsten in einem modernen Begriffe zusammenfassen und darstellen läßt.

6) Am wichtigsten ist bei diesem Verbrechen die Natur der verbrecherischen Gesinnung. Da durchaus Nichts auf die innern Beweggründe ankömmt [1]), da der dolus selbst keine besondere Qualifikation annimmt, indem auf einen sogenannten Endzweck

[1]) Archiv neue Folge I. S. 196.

hier nur gesehen wird, wenn man die Konkurrenz eines andern Verbrechens im Auge hat, da endlich nicht einmal das allgemeine Verhältniß des **animi propositum et impetus** in Erwägung kömmt, und auch das **consulto** und **inconsulto** nach dem groben Gegensatz des Geflissentlichen und Kasuellen [1]) hervortritt; so ist in der That die Brandstiftung dasjenige Verbrechen, wo die Zurechnung die wenigsten juristischen Schwierigkeiten hat. [2]) Die besondere Untersuchung des innern Grundes zum Verbrechen hat daher minder Bedeutung für den Thatbestand des Verbrechens als für die relative Ansicht des Verbrechers, soferne die Strafe im **arbitrio judicis** stehen möchte. Ebendeßhalb aber muß dennoch der untersuchende Richter auch in der rein ethischen Aufklärung der Sache soweit verfahren, als ihm möglich ist. Noch aber müssen wir anführen, daß, wenn die höchste objektive Stufe des Verbrechens da ist, der Umstand, daß der Verbrecher in einem Zustande der Aufwallung, welcher bei einem rohen rachsüchtigen Gemüthe nicht selten ist, gehandelt hat, nicht wie bei andern Delikten, eine mildernde Qualifikation des Verbrechens herbeiführen kann, weil einestheils der **animus inimicitiarum** hinlänglich ist, und anderntheils nur ein arges Gemüth (**mali propositi capax**) einer solchen Handlung, wie die Brandstiftung, fähig ist, welche in dieser Beziehung der Giftmischung gleichsteht, weßhalb man auch immer nur vom Giftmord und nicht vom Gifttodschlag gesprochen, auch das Verbrechen der Vergiftung selbst nicht einmal auf den tödtlichen Erfolg gestellt hat. Aus dieser Entwickelung ist zu erklären, warum die Römer das **consulto** und **data opera** dem **fortuito** entgegengestellt haben, obgleich sie so gut, wie wir die Verantwortung mit öffentlicher Strafe wegen

---

[1]) Soferne hier ein **casus mixtus** angenommen werden kann, davon weiter unten bei dem eigenen Delikte der Feuerverwahrlosung.

[2]) Erst in der neuesten Zeit ist hier eine besondere Schwierigkeit mehr geschaffen worden, als daß sie wirklich da wäre — man hat nämlich in der menschlichen Natur einen gewissen Brandstiftungstrieb entdecken wollen, welcher besonders beim weiblichen Geschlechte als Entwickelungskrankheit erscheine. Der Verf. dieses Buches muß hier lediglich die Aerzte und Psychologen urtheilen lassen, und die Juristen zur Vorsicht auffordern. Man sehe die Schriften von Henke, Heinroth, Merkel, Vogel und Friedreich.

bloßer culpa kannten, so daß man also hier nicht, wie sonst wohl, etwas in dem mehr subjektiven Prinzip des römischen Rechts [1]) zu finden braucht.

§. 52.

Von dem eigenen Thatbestande der Vollendung und des Versuchs bei der Brandstiftung.

Wer den ernstlichen Entschluß zu einer Brandstiftung gefaßt und deßhalb Vorbereitungen getroffen hat, ist nach dem Sprachgebrauche im Versuche. Wie es aber juristisch mit der Versuchsthat stehe, ist nach unserer Ansicht so zu entscheiden:

a) Bekennt Jemand seinen Entschluß und seine Vorbereitungen, stellt es sich aber heraus, daß es lediglich an ihm gelegen, daß kein Erfolg eingetreten ist, so fehlt es an allem Thatbestand eines verbrecherischen Versuches.

b) Bekennt aber Jemand oder wird der Vorbereitungen überführt und zugleich, daß durch die Kundwerdung seiner Absicht und Vorbereitungen wider seinen Willen der Erfolg abgewendet worden, so ist ein Thatbestand des Versuches da. Es versteht sich von selbst, daß solche Vorbereitungen gemacht seyn mußten, aus welchen die bestimmte, ernstliche Absicht zu erkennen war, worüber aber weitere Regeln sich nicht geben lassen. Wer geäußert hat, er wolle an einem bestimmten Orte zu einer gewissen Zeit anzünden, und mit Zündmaterialien daselbst betroffen wird, auch wenn er sie noch in der Tasche trägt, ist des Versuchs schuldig, und es ist sehr sonderbar, wenn Einige meinen, man hätte abwarten sollen, bis er seine Feuermaterialien angelegt habe, damit man einen Anfang der Brandstiftung gleichsam sehen könne. Allerdings wird man so leichter den Böswicht überführen können, allein die Beurtheilung des Wesens des Versuchs kann nicht davon abhängen. Andererseits geben wir wieder zu, daß aus den Umständen erkannt werden kann, wie wenn die

---

[1]) Schon Andere haben bemerkt, daß es mit diesem angeblichen Unterschiede des Geistes römischer und germanischer Grundsätze überhaupt so weit nicht her ist, doch ist er nicht ganz aus dem Standpunkte der neu gebildeten, den Römern unbekannten Lehre vom Thatbestande, mit welcher nur als ein secundäres Verhältniß unsere Lehre vom Versuch zusammenhängt, zu läugnen.

Drohung leer war, dieselbe in ihrer nichtigen Simulation auch bis zu dem äußersten Punkte fortgesezt werden konnte, und daher das Erscheinen mit den Zündmaterialien noch kein Versuch ist. In solchen Beziehungen sind alle Abstraktionen und Regeln vom Uebel.

Noch schwieriger steht es auf der anderen Grenze.

Einige haben sich hier an den Ausdruck „Feuersbrunst“ [1]), Andere an das sehr unsichere Verhältniß gehalten, daß sich das Feuer von den Zündmaterialien dem anzuzündenden Gegenstande mitgetheilt habe, was sich nach Einigen durch das Aufschlagen einer Flamme zeigen soll [2]), nach Andern schon in einer Verkohlung des anzuzündenden Gegenstandes sichtbar ist [3]); wieder Andere sind schon zufrieden, daß die angelegten Brennmaterialien brannten [4]). — Was uns betrifft, so glauben wir, daß sich alle diese Ansichten widerlegen lassen und widerlegt sind. Auf allgemeine Grundsätze kann man nämlich hier nur kommen, entweder, wenn man darnach gehen wollte, ob der Brandstifter seinen Zweck erreicht hat, oder wenn man die gesetzliche Bestimmung eines gewissen Erfolgs nachweisen könnte. In der ersten Hinsicht kann es seyn, daß Jemand Schrecken erregen will, und zufrieden ist, wenn gleich wieder gelöscht wird, er kann aber auch das totale Abbrennen eines und mehrerer Gebäude intendiren, weil er z. B. die totale Assekuranz geltend machen will. Schwerlich läßt sich daher die Sache vom Zwecke abhängig machen. Eine gesetzliche Bestimmung des Erfolgs aber haben wir nicht. Daher bleibt in der That Nichts übrig, als die Frage über die Vollendung in das **urbitrium judicis** zu stellen, der sie **in concreto** leichter lösen, als sich mit irgend einer allgemeinen Regel eines Schriftstellers befreunden wird. Immerhin wird auch der Gesichtspunkt hinlänglich leitend seyn, daß, wenn der Verbrecher seine Anstalten vollendet hat, und die Kraft der Natur einmal so erregt ist, daß der Verbrecher ihr seinen Plan überlassen

---

[1]) Hofacker im Archiv V. S. 194. Martin §. 182.

[2]) Gemeine Meinung siehe Wächter und die citirten Schriftsteller. S. 384. 385. Hefftter S. 398. *Günther* de consum. crim. inc. Lypsiae 1834.

[3]) Werner Handbuch §. 74.

[4]) *Wernher* obs. for. part. IX. obs. 176.

konnte, im Zweifel immer für die Vollendung zu sprechen seyn wird. In Fällen, wo sich der Versuch und die Vollendung berühren, werden Rücksichten der relativen Strafwürdigkeit den Richter über den etwa nicht zu lösenden theoretischen Knoten hinweghelfen.

§. 53.

Relative Beurtheilung der Brandstiftung.

I. Das römische Prinzip besteht noch vollkommen. Hiernach kömmt Alles darauf an, ob die Brandstiftung in oppido oder wenn auch in Beziehung auf menschliche Wohnplätze extra oppidum geschieht — sofort ob sie auf eine gefährliche Art, aber nicht an Häusern vorgenommen wird. Die Neueren haben wohl auch den eben bezeichneten höchsten Grad qualifizirte Brandstiftung genannt, und angenommen, daß sowohl das römische Recht, wie die Karolina, die Todesstrafe nur darauf beziehe; allein das römische Recht sagt, daß solche Brandstifter lebendig verbrannt, andere aber, **qui casam vel villam incenderint, aliquo lenius** bestraft werden sollen, was immerhin noch eine Todesstrafe seyn kann, weil die **crematio** die höchste Todesstrafe war. Auch die Karolina spricht ganz allgemein, und macht keine Grade. Freilich anders unsere Praxis, welche nur die schwersten Fälle, zu denen noch nicht einmal jede Brandstiftung in einer Stadt gehört, für todeswürdig hält, wovon gleich mehr [1]). Daß im römischen Rechte für Brände im Allgemeinen die Kapitalstrafe feststand, geht auch daraus hervor, daß nach **l. 10. D. 48. 8, capitis poena plecti** — wie ein **incendiarius** bestraft werden — hieß [2]). Bei der Brandstiftung der dritten oder niedrigsten Art wurde schon bei den Römern in solchen Fällen, wo eine **poena publica** verhängt zu werden pflegte, oft nur eine Nichtkapitalstrafe (das Wort im römischen Sinne), z. B. **relegatio**, gebraucht [3]).

---

[1]) Ueber das röm. Recht vergl. noch *Pauli* S. R. lib. 5. tit. 20. §. 2. Hofacker im Archiv V. S. 99.

[2]) So legen wir das quasi incendiarius aus, und glauben nicht, daß der Anzünder einer insula nicht für einen wahren incendiarius gehalten worden sey. Wächter diss. pag. 68. 73.

[3]) L. 16. §. 9. D. 48. 19. *Pauli* S. R. V. 20. 3. Coll. XII. 3. S. jedoch mein Lehrbuch §. 66.

II. Das deutsche Recht hat in der Richtung auf unsere Frage zwei Perioden — die unmittelbar vor und nach der Karolina, sodann diejenige, welche unmittelbar vor und unter Carpzow sich zu entwickeln anfing. In der ersten war noch in der Praxis der Unterschied zwischen Mordbrand und einfachen Brand, jedoch ohne Begriffsbestimmtheit, ebenso der Unterschied zwischen boshaftem Brand und der Brandstiftung in erlaubten Fehden, der Unterschied der Brandstiftung in der Nacht und von Räubern und Mördern, auch anderen, namentlich dazu gedungenem Gesindel, z. B. Zigeunern — und jener Brandstiftung, die aus Rache und Selbsthülfe von sonst ordentlichen Leuten begangen wurde; und man macht alle diese Unterschiede nicht, um, wie jezt, die Todesstrafe zu beschränken, sondern mehr um überhaupt die strafbare That von jener zu unterscheiden, wo man oft faktische Nachsicht eintreten ließ. Wenn nun auch die Karolina diese Nachsicht nicht wollte, und deßhalb ausdrücklich die boshaften Brenner insgesammt bedrohte, so hat doch nicht leicht ein Gesetzsatz schwerern Eingang gefunden, wie dieser, und erst die Doktrin mußte ihn nicht weniger, wie dieß beim römischen Recht der Fall ist, einführen. Was nun die zweite Periode angeht, in welcher wir noch stehen, so ist zwar

a) in derselben durch das Anschließen an das römische Recht einestheils mehr Verlässigkeit entstanden, aber

b) dieß nur eigentlich in Beziehung auf den Thatbestand, nicht in Beziehung auf die Strafbarkeit; denn abgesehen davon, daß eine neue Theorie der Milderungsgründe sich öffnete, welche große Unverlässigkeit herbeiführte, so erinnerte man sich immer noch an die alten germanischen Unterschiede, klassifizirte wohl auch die Brandstiftung zu den Eigenthumsverletzungen, erwog jedesmal den konkreten Erfolg, ging wohl auch auf die Endzwecke und Beweggründe ein, und so entstand das Resultat, daß, wenn man auch theoretisch die Brandstiftung als ein todeswürdiges Verbrechen anerkannte, doch wenigstens im 19. Jahrhundert unter 10 Fällen neun mit Detentionsstrafen belegt wurden. Ja man hat für die Regel gar keinen Anhaltspunkt mehr als das Außerordentliche des Falles, oder die Konkurrenz anderer todeswürdiger Verbrechen durch die Absicht des Brandstifters oder durch den sonst ihm zurechenbaren Erfolg. Was von Schriftstellern

der Praxis, z. B. Tittmann über die Größe und Dauer der Detentionshausstrafen gesagt worden ist, hat entweder nur Wahrheit für die Praxis einzelner Gerichte, oder ist auf ein subjektives Dafürhalten und reines doktrinäres arbitrium gegründet, und daher in der einen und andern Hinsicht für den Zweck unserer Schrift lediglich zu übergehen.

§. 54.

Von der nicht absichtlichen Brandstiftung.

Diese Lehre hat eine ganz falsche Stellung erhalten. Gewöhnlich brachte man sie in Verbindung mit dem Satze, daß die meisten Verbrechen **vel dolo vel culpa** begangen würden. Und gleichwohl berief man sich auf gewisse Stellen des römischen Rechts, während man nicht leugnen konnte, dasselbe habe am allerwenigsten die Eintheilung der einzelnen Arten von Verbrechen in dolose und kulpose gekannt. Das römische Recht setzt immer zur öffentlichen Strafbarkeit **dolus** voraus, und selbst die Tödtung **ex lascivia et luxuria** nähert sich mehr demjenigen, was wir Todtschlag nennen, als der eigentlichen kulposen Tödtung im engern Sinne. Im Uebrigen hat diesen Punkt die Karolina bestimmt genug aufgefaßt, und zwar im Sinne des damaligen Verständnisses des römischen Rechts, wogegen die Karolina den Punkt der nicht absichtlichen Brandstiftung gänzlich übergangen hat. Bei dem Mangel aller Polizeieinrichtungen in jener Zeit, selbst in den Städten, wurde in solchen Dingen Alles willkürlich abgethan. Als man aber nach guten Gründen suchte, wurde man in das **corpus juris** gewiesen, welches man wie überall, so auch hier, nicht historisch genug erfaßte. Es finden sich nämlich hier folgende Grundsätze:

1) Wer durch eine **culpa** Veranlassung zu einem Brandschaden gibt, soll ihn ersetzen. Kann er ihn nicht ersetzen, so soll er nach der damaligen vor dem **praefectus urbi** und den **praesides** in den Provinzen ausgeübten Justiz mit einer mäßigen öffentlichen Strafe belegt werden [1]).

2) Außerdem kam unter August eine eigene Art von Sicherheitswache auf, an deren Spitze ein **magistratus** mit Polizeistrafgewalt über schlechtes Gesindel stand, und die besonders die

---

[1]) L. 9. D. 47. 9. l. 28. §. 12. D. 48. 19.

Aufgabe der Feuersicherheit hatte, für die sie vielleicht zuerst sogar entstanden ist. Der praefectus vigilum konnte hiernach jede Feuerverwahrlosung ebenso rügen, wie dieß unsere Polizeiobrigkeiten thun [1]).

Mit Unrecht haben daher einige Neueren ein eigenes Verbrechen der Feuerverwahrlosung gemacht.

Mit allem Grund bleiben wir hier bei den Ansichten des römischen Rechts stehen, und lassen uns weder irre machen durch die an sich unverlässigen Ansichten der italienischen Schriftsteller der älteren Zeit noch durch die Meinungen der deutschen Doktrinäre von Carpzow her. Nur ist wichtig, daß unter den lezteren von jeher die Einen Alles nach ihrer hohlen Theorie der dreigliedrigen **culpa** behandelten, die Anderen aber ein richtiges Gefühl von der blößen Strafbarkeit der **culpa lata** hatten. Dabei hat der Verfasser dieser Schrift allein die Bemerkung gemacht, daß auch die **culpa lata** nur strafbar sey, wenn der Betheiligte den Schaden nicht ersetzen könne, was nicht nur in den oben angeführten klaren Stellen niedergelegt, sondern so zu sagen aus der gesunden Vernunft genommen ist. Unsere Meinung geht daher immer dahin, den doppelten Standpunkt des römischen Rechts aufrecht zu erhalten, wornach [2]) nur die **luxuria et culpa dolo maxima** peinlich bestraft wird, wenn der Angeschuldigte den Schaden nicht ersetzen kann [3]) — und wornach bei jeder Art von Nachlässigkeit und **culpa** eine polizeiliche Rüge eintreten darf. Auch versteht es sich, daß im ersten Falle die Voraussetzungen da seyn müssen, welche, wenn böse Absicht vorhanden gewesen, das Verbrechen der Brandstiftung konstituirt hätte, während im andern Falle die amtliche Thätigkeit ihrer Natur nach unbeschränkter ist.

Die spezielle Dogmengeschichte in dieser Lehre zu verfolgen, ist unnöthig, weil wir die fehlerhafte Richtung des Ganges derselben im Ganzen genügend gezeichnet haben, und in der That die Irrthümer derselben die Praxis nicht ergriffen haben, die vielmehr immer den natürlichen Ansichten des römischen Rechts,

---

[1]) Tot. tit. Dig. I. 15.

[2]) L. 11. D. 41. 9.

[3]) L. 9. D. 47. 9. l. 28. §. 12. D. 48. 19.

besonders in der neuesten Zeit, gefolgt ist, wo die polizeiliche Wirksamkeit eine bessere Richtung in jeder Hinsicht erhalten hat.

Vom Raub.

§. 55.

Dieß ist ein auch in juristisch-technischer Hinsicht vieldeutiges Wort. Aber die einzelnen Bedeutungen lassen sich nach römischem und deutschem Rechte so ziemlich auf dieselben Verhältnisse zurückführen. Es ist nämlich

1) dasjenige Verbrechen hervorzuheben, welches zum Zwecke hat, durch Gewalt an Personen auf Landstraßen und freiem Feld sowohl, als in bewohnten Orten und Häusern, deren Eigenthum in gewinnsüchtiger Absicht wegzunehmen. Hieher gehören die latrones und grassatores der Römer, die latrones und malefactores der Kapitularien, das Raubgesindel des Mittelalters und der späteren Zeit.

2) Dasjenige Verbrechen, durch welches bei Gewaltthätigkeiten aller Art Beschädigungen am Eigenthume Anderer bewirkt werden. Die Römer, die in den Zeiten ihrer bürgerlichen Unruhen und auch außerdem, da von mächtigen Bürgern oft Akte der Selbsthülfe vorkamen, dieß Verbrechen häufig vor Augen hatten, und zwar gerade von den angesehneren Bürgern, haben nicht nur die öffentliche Straffolge als auch den civilistischen Punkt der Beschädigung sorgfältig beachtet, und zwar in ersterer Hinsicht durch die Beziehung des crimen de vi hieher, in der andern Hinsicht durch die Ausdehnung der actio furti hieher, endlich in der eigenen actio vi bonorum ruptorum, wo nicht vorausgesezt wurde, daß animus lucri faciendi da sey, sondern ein allgemeiner Standpunkt der Lehre von dem damnum vi datum eintrat, in welcher Beziehung das Edikt des Prätors überhaupt durch Aktionen, Exceptionen, Interdikte und Restitutionen eingriff [1]). Die Juristen von der italienischen Schule her

---

[1]) Vergl. z. B. l. 2. D. 47. 8. Man sieht hier vorzüglich, wie, wo animus lucri faciendi war, die rapina als furtum angesehen werden konnte, und die besondere Richtung der actio vi bonorum raptorum auf den Fall ging, wo nur Beschädigungsabsicht da war.

haben sich gar gerne an die erste der civilistischen Bedeutungen, nämlich mit **animus furandi**, die man auch **rapina** nannte, aber offenbar in jeder Hinsicht zu einseitig gehalten. In Deutschland kamen in der Zeit, wo die kleinen Herrschaften, die Ritterschaft und das Recht der einzelnen freien Stände sich entwickelte, noch viel mehr Gewaltthätigkeiten und zwar hier gewöhnlich unter dem Scheine des Rechts vor, und vergebens war ursprünglich der Gottesfriede, sofort der weltliche oder Landfriede. Die Gewaltthaten und Beschädigungen, die oft nicht verschieden waren von denen der Straßenräuber, müssen dennoch im Geiste jener Zeit ebenso, wie die bezeichneten römischen Gewaltthaten anders angesehen werden, als der gemeine Straßenraub. Es zeigte sich dieses auch in den Folgen, denn der verlezte Friede führte immer nur zum Recht der Buße, d. h. man konnte allen weiteren Folgen der Fehde und wenigstens bei Beschädigung von Sachen auch der Strafe ausweichen, wenn man besserte, d. h. die Buße bezahlte [1]). Der Friedensbruch in Beziehung auf Personen scheint aber schon frühzeitig in das „Ungericht" geführt zu haben, und ein solcher Friedebrecher scheint recht eigenthümlich ein „roff" genannt worden zu seyn, besonders wenn er in des Andern Haus und Hof brach [2]). Doch war immer auch in des Volkes Meinung schon ein solcher „Fredebrecker und roff" [3]) von dem gemeinen Haufen der Straßenräuber verschieden.

Man sehe auch über die Konkurrenz der actio furti und legis aquiliae l. 2. §. 10. u. 26. D. cod. Die lezte war natürlich nicht ausreichend, um die Beschädigungen bei solchen Gewaltthätigkeiten gehörig zu verfolgen und daher ist die actio vi bonorum raptorum entstanden. v. Savigny Zeitschrift V. Bd. Nr. 3.

[1]) Helmersen, die Geschichte des Livländischen Adelsrecht. S. 220. 221. 230.

[2]) Mittleres Ritterrecht Kap. 184 (bei Helmersen S. 241). Hieher gehört auch die deutsche Lehre von der Wehre oder Gewehre. Darüber Cropp in den kriminalistischen Beiträgen von Hudtwalker und Trümmer II. Bd. S. 15.

[3]) rouen — roven, roffen, auch raffen. Daher Püttman und Wachter, dieser im glossario, sagen, Rab heiße Räuber; wogegen einst Ev. Otto in seinem lib. sing. de tutela viarum part. III. c. 6. p. 506, sonderbar genug den Ausdruck rover daher leitete, quod robas i. e. vestes diripiunt. Im Uebrigen ist nie zu übersehen, daß die Verbindung des „Roff" mit dem Friedebrecher manche Erweiterung des

3) Das Verbrechen derjenigen, welche beim Stehlen Gewalt an Personen oder Sachen üben. Schon die Römer rechneten diese Personen zu den **fures atroces, expilatores, effractores**, und verfolgten sie mit andern als bloß civilistischen Rechtsmitteln; aber auch die deutsche Jurisprudenz stellte sie zu den Vergewaltigern, d. h. zu solchen, die wie die eigentlichen Räuber dem Ungericht verfallen sind. Demohngeachtet bleibt hier die verbrecherische Natur des Diebstahls, da der Zweck der Handlung reiner **animus furandi** und dabei die Vergewaltigung bloß Mittel ist.

Nach dieser einleitenden Darstellung ergibt sich von selbst, warum man bis auf den heutigen Tag über die Natur und Stellung des Verbrechens des Raubes sich nicht hat vereinigen können. Hauptsächlich zwei Meinungen sind herrschend worden:

1) Daß der Raub theils zu den Friedensbrüchen, theils zu den **causis gravioribus** des Ungerichts gehöre, und in diesem doppelten Standpunkte zu den Angriffen auf die vom Staate unmittelbar garantirte Sicherheit und Ordnung gestellt werden müsse;

2) daß der Raub eine Art der Entwendung und Beschädigung, ein Eingriff in das vom Staat zu schützende Eigenthum der Einzelnen sey.

Aber keine von beiden Ansichten ist umsichtig und genau, weder historisch, noch pragmatisch tief zu nennen. Man hätte namentlich im erstern Standpunkte nicht zu sehr an den Fragmenten des römischen und deutschen Rechts hängen, als aus seinem Geiste Nahrung ziehen sollen. So hatte man bei den Römern kein Komitialgesetz gegen die **latrones, grassatores, effractores, expilatores** u. s. w. Denn gegen solches Gesindel verfuhr man jederzeit mit dem **imperium**, zumal in der guten republikanischen Zeit sich selten Einer von solchen Missethätern auf das römische Bürgerrecht berufen wollte oder konnte [1]); auch waren hiefür besondere Volksgerichte nicht nöthig, die vielmehr

---

Begriffs, aber in uneigentlichem Sinne, bewirkte, z. B. wurde ein Dieb „Roff" genannt, der bei Tag ohne Scheu über des Andern Früchte herfällt. Schles. Landrecht III. 8. Distinktio 11. 12. a. E. Leges antiquae Gosalrienses lib. 2 Tit. von Vredebracke.

[1]) In der späteren Zeit unter den Imperatoren, wo sich dieß änderte, kam man deßhalb auf den Unterschied der honestiores und der

immer einen ähnlichen Standpunkt hatten, wie bei uns noch die peinlichen Austrägalgerichte des hohen Adels, weßhalb man auch nie vergessen darf, daß das römische Kriminalrecht nicht in dem Komplexe der einzelnen leges liegt, sondern daß diese leges nur besondere Kriminalgerichte bilden, nicht aber den Inbegriff strafbarer Handlungen so, wie unsere Kompendien in den einzelnen Gattungen der Verbrechen, darstellen sollten. So erklärt es sich dann auch, wie die incendiarii, grassatores und Andere immerhin als schwere Verbrecher erschienen, wenn man auch keine lex auf sie anwendete. Ebenso ist es im germanischen Mittelalter; die Landfriedensgesetze strebten den Greueln des Unfriedens, der Eigenmacht und der Nichtachtung aller höheren politischen Ordnung entgegenzuwirken, aber in ihnen sollte nicht das damalige System der Verbrechen gefunden werden; vielmehr sollten Friedensbruch und Ungericht zusammen dieß System bilden.

Bei den Römern und bei den Deutschen waren die Straßenräuber und Vergewaltiger an Haus und Hof als solche angesehen, die nicht sowohl das crimen violentine als vielmehr ein todeswürdiges Verbrechen, und im deutschen Sinne nicht bloß den Landfriedensbruch, sondern das schwerste Ungericht verschuldet hatten, und in Beziehung auf welche man durchaus Unrecht haben würde, sie unter die gewöhnlichen Diebe oder neben den Dieben zu stellen. Die Entwendung ist hier nicht das Charakteristische, sondern die bedrohte allgemeine Sicherheit, und die Kriegserklärung, welche solche Personen de facto gegen den Staat thun. Sie sind Staatsfeinde. Daher darf man auch zu dem Raub im eigentlichen Sinne die rapina des römischen Rechts nicht stellen, sondern muß diese fortan, wie bei den Römern und Deutschen, als eine Art der Entwendung charakterisiren, und so schließen wir diese einleitende Darstellung mit dem Resultate, daß der Begriff von Raub in zwei Richtungen aufgelöst zu werden verdient.

1) In diejenige, wo die bedrohte gemeine Sicherheit den Richtungspunkt gibt, wie in jenem Verbrechen, wo die Gewalt gegen die Personen der Zweck und die Abnahme ihres Eigenthums der Endzweck ist.

---

plebeii oder humiliores, wo dann z. B. die ersteren relegirt, die andern in opus publicum kondemnirt wurden. l. 1. §. 2. D. 47. 20.

2) In diejenige, wo die Entwendung der Zweck und das Gebrauchen einer Gewalt an Personen oder Sachen das mehr zufällige Mittel ist. In dieser zweiten Hinsicht bleibt die Handlung immer Diebstahl, auch wenn einige Aengstigung des Besitzers dazu kam, Thüren und Schlösser erbrochen wurden, und Waffen gebraucht sind.

Ganz auszuschließen aber von dem Begriffe von Raub und gewaltsamem Diebstahl sind diejenigen Fälle, wo in bürgerlichen Unruhen, Ueberfällen, Angriffen von Menschenmassen auf Etablissements Einzelner die Beschädigungen und Entwendungen vorgehen, und wo immerhin noch entweder der Begriff von Landfriedensbruch in neuerem Sinne oder das römische **crimen de vi** zur Anwendung kömmt. Natürlich läßt sich aber denken, daß solche Gelegenheiten auch von Einzelnen abgesondert von dem Vorhaben der Menge ergriffen werden, um zu rauben oder gewaltsam zu stehlen, und wo für diese dann wieder der Begriff von Raub und gewaltsamem Diebstahl anwendbar bleibt.

§. 56.

Nicht ohne Takt war die Ansicht so vieler Praktiker seit Carpzow [1]), wornach im Geiste des römischen Rechts der **latro** und **grassator** [2]) von demjenigen unterschieden werden müsse, welche bei einer **violentia** Sachen Anderer mitgenommen oder beschädigt haben. Auf Jenen war schon ihrer persönlichen Richtung wegen, d. h. der Bedrohlichkeit ihrer Person wegen, besonders geachtet [3]), und der objektive Thatbestand wurde nicht so strenge nach den civilistischen Grundsätzen von **furtum** und **damnum** abgemessen, d. h. sicherlich sah man bei den Römern schon hier nicht darauf, ob das **furtum** und **damnum** wirklich eingetreten sey, oder besser — das Verbrechen dieser Personen wurde nicht nach der Natur des **furti** oder **damni** ermessen. Daher schon bei den Römern die Art dieses Delikts nicht zu den Entwendungen

---

[1]) Bei Wächter S. 348.

[2]) L. 118. D. 50. 16. l. 28. §. 10. D. 48. 19.

[3]) Daher kömmt es auch, daß ein mehrmals ertappter, ein gewohnter Dieb dieser seiner Persönlichkeit und Gefährlichkeit wegen ein **latro famosus**, ein verleümdter Dieb und Vergewaltiger genannt wird. — Siehe Carpzow part. II. qu. 90. §. 2.

und Beschädigungen gestellt werden konnte. Auch ist noch anzuführen, daß überhaupt der kriminalistische und civilistische Standpunkt wohl zu trennen sind, und daß bei der violentia auch anderer als der grassatores nicht auf den objektiven Schaden oder auf den animus furandi gesehen wurde, sowie umgekehrt derjenige, welcher der kriminalistischen Folge unterlag, sicherlich, soferne es an den civilistischen Voraussetzungen nicht fehlte, auch darnach verantwortlich gemacht werden konnte, so daß das Edikt auch auf den latro und grassator anwendbar war.

Der deutsche Begriff „Rob, Robber“ führte weiter als der römische von grassator. Es gab namentlich erlaubte und unerlaubte Robberei (praedatio licita et illicita). Die erstere hing mit den Gebräuchen der Befehdung und mit der Ausübung derselben in den gesetzlichen Gränzen zusammen, und selbst als die Befehdung im Allgemeinen verboten wurde, sah man manchen Raub nicht anders an, wie jezt manche Tödtung im ehrlichen Duell. Daher in der Karolina der Beisatz „boshaftiger Räuber“ immerhin nicht ohne Gewicht ist. Das Aufhören des Fehdewesens hat übrigens den deutschen Begriff von Räuber etwas verändert, den Jeder, der Personen überfällt in oder außer dem Haus, natürlich jezt nicht mehr aus bloßer Feindschaft und Fehde [1]), sondern um sich an ihrem Eigenthum zu vergreifen, ist ein Räuber [2]). Natürlich muß der Angriff auf die Person die nächste Tendenz, der erste Gedanke im Plane des Verbrechers seyn, und daher bleibt das Verbrechen stets sehr verschieden von den Entwendungen, und ihm gebührt eine Stellung unter den Bedrohungen der gemeinen und zwar persönlichen Sicherheit, die immer das unmittelbare Staatsinteresse bildet, indem sich am Ende die einzelnen Glieder der Kette, d. i. die Personen der Staatsbürger von der Kette selbst, d. i. dem Staate, nicht unterscheiden lassen [3]).

Nunmehr ist aber auch noch zu bemerken, daß nicht Räuber in diesem Sinne genannt werden können.

---

[1]) Die Rache war auch in der früheren Zeit in der That niemals alleiniger Zweck der Gewaltthaten, sondern das Beutemachen war es, was jenen rohen Gemüthern ihre Spannung gab.

[2]) Daher auch in der Karolina der Ausdruck jeder Räuber.

[3]) Damit stimmt auch überein Carpzow part. II. qu. 90. §. 44.

a) Der Vergewaltiger an Sachen; ist hier animus furandi da, so ist es eine eigene Art von Diebstahl;

b) auch nicht jeder Vergewaltiger an der Person, denn erfolgt

α. die Vergewaltigung an der Person während oder nach dem Diebstahl und ist also nicht Zweck an sich und direktes Mittel für die Wegnahme, so ist entweder bewaffneter Diebstahl oder eine Konkurrenz von Verbrechen da;

β. die Vergewaltigung an der Person, wenn sie auch mit Beschädigung und Wegnahme von Sachen verbunden ist, wird noch nicht Raub, soferne nicht der ursprüngliche Zweck der ganzen Unternehmung Gewinnsucht war;

γ. die Vergewaltigung an der Person wird nicht als Raub angesehen, wenn die Person nicht verlezt werden soll, sondern wenn nur eine Sache, die mit ihr verbunden ist, mehr hinterlistig als gewaltsam von ihr genommen und getrennt wird, wie z. B. beim Ausziehen der Uhr und des Geldbeutels aus der Tasche, beim Wegreißen des Huts, Stocks oder der Pfeife u. s. w. Hier bleibt der Begriff von Entwendung.

Nach dieser Darstellung aber ist leicht zu erkennen, daß bei dem Raube im eigentlichen Sinne Nichts aus dem Begriffe der Entwendung abgeleitet werden darf und daß die Aufstellung des Raubs unter die Gattung der Entwendung ganz verfehlt ist, indem nur der animus lucri faciendi beiden Delikten gemeinschaftlich ist, dagegen der übrige Thatbestand und die davon abhängende Vollendung des Verbrechens durchaus verschieden von dem Diebstahle zu bilden und zu bestimmen sind.

§. 57.

Zur Erläuterung unserer Ansichten dient nur die Geschichte des römischen und deutschen Kriminalrechs selbst, von der wir zu solchem Zwecke eine kleine einleitende Darstellung gegeben haben, durchaus aber nicht die Geschichte der Bearbeitung des römischen und deutschen Kriminalrechts. Alle Bearbeiter ohne Ausnahme sind fortgezogen von einzelnen römischen Stellen und von den nicht gehörig erkannten germanischen Ansichten. So wirft Bonifacius unter einander die grassatores oder latrones und derobatores, und der gewöhnlich stattfindende animus lucri faciendi bestimmt ihn zur Kompagnie mit den furibus — Clarus bei Gelegenheit des italienischen Statutarrechts spricht von

robbaria, und führt an, daß die Städte ihre Angehörigen assekurirt hätten, aber gerade dabei sey oft die Frage entstanden, was denn eigentlich Robbarie wäre [1]). Carpzow glaubt etwas zu gewinnen, wenn er die Raubmörder den einfachen Räubern gegenüberstellt, was gar nicht hieher gehört, und was namentlich den Begriff von Raub im Gegensatz zur Entwendung nicht aufhellt, obgleich Carpzow gelegentlich bemerkt, die Hauptsache beim Raub sey doch immerhin die gestörte öffentliche Sicherheit. Alle Späteren waren aber doch mehr geneigt, dieß Verbrechen als römische **rapina** offenbar wegen des verbrecherischen **animus**, der in **animus furandi** immerhin ist, zu erklären nach dem Satze **voluntas distinguit maleficia**, als daß sie bedacht gewesen wären, in den römischen Begriff von **grassator** und den deutschen von Robber einzugehen. Der Hauptzweck unserer Arbeit sey daher, nach den oben angedeuteten Richtungen, den Thatbestand des eigentlichen Raubes im Gegensatz des Diebstahls genau auszuführen.

§. 58.

Thatbestand des Raubes.

Man muß offenbar den die gemeine persönliche Sicherheit gefährdenden Raub von den gewaltsamen Entwendungen unterscheiden, auch wenn leztere durch einen Angriff auf die Person realisirt worden. Vorerst ist die Grenze zu bestimmen:

I. Das Verbrechen der ersten Art wird begangen

a) im römischen Sinne von den Straßenräubern (**grassatores**), dieß sind solche Personen, welche auf öffentlichen Straßen, im Felde und Walde und überhaupt außerhalb der Ortschaften, Jemanden anfallen, um ihm durch Gewalt an seiner Person sein Eigenthum zu entziehen, wobei jedoch Personen und Umstände wohl zu beachten sind, so daß daraus auf die Ernstlichkeit der Gewalt und die räuberische Absicht geschlossen werde. In dieser Hinsicht kann auch ein Lohnkutscher ein Straßenräuber seyn, allein ein Bursche, welcher einem Mädchen ihr Halstuch auf der Straße abnimmt, wird nicht alsbald als Straßenräuber erscheinen;

b) im deutschen Sinne von denjenigen, welche in Wohnungen einbrechen, um mit Gewalt an der Person der Einwohner

---

[1]) Qu. 82. §. 18.

[2]) Part. II. 9. 90. §. 44.

Sachen zu nehmen, welche in verschlossene Gärten und Plätze sich einschleichen, um die sich sicher glaubenden Personen in gewinnsüchtiger Absicht zu vergewaltigen, Geld oder Gut ihnen abpressend, welche Einzelnen auch in den bewohnten Orten (Städten, Dörfern) aufpassend, durch körperliche Gewalt oder entsprechende Drohung das Ihrige nehmen. Nicht hieher gehören aber nach römischem Rechte diejenigen, welche, um sich zu rächen oder rein um Gewalt zu üben, Jemanden auf der Straße, im Hause [1]) oder sonst angreifen, und dessen Vermögen beschädigen — ferner nach deutschem Rechte diejenigen, welche einzeln oder in Verbindung, mit Gewalt an Person und Sachen andere Zwecke verfolgen, als den der Abnahme an Geld und Gut in gewinnsüchtiger Absicht.

II. Das Verbrechen der andern Art wird begangen:

a) Im römischen Sinne in der Abnahme von Sachen furandi animo durch Erbrechen von Häusern und verschlossenen Räumen, durch Benützung einer Gelegenheit, wo an den Personen und Sachen, in welcher Absicht immer, Gewalt geschehen ist, durch Anwendung der Gewalt, um nach der Wegnahme der Sache sich und das Gut zu decken;

b) im deutschen Sinne überall, wo die Entwendung der Sache allein Ziel und Zweck und die Vergewaltigung der Person entweder zufällig ist, oder wenn sie auch vorgesehen war, nicht in den Plan gehörte, und daher als vermeidbar erkannt war; ferner wenn nicht an der Person als solcher, sondern an ihr gleichsam als Bewahrungsort gewisser Sachen und in der Art die Entwendung begangen wird, daß die gemeine Sicherheit nicht bedroht ist, wie wenn Jemanden im Vorübergehen etwas weggerissen wird, oder wenn von seinen Kleidern etwas abgeschnitten wird u. s. w.

Die Gränzen sind freilich in concreto oft sehr fein, und daher kömmt es, daß man nicht gerne die Trennung vornimmt, sondern das Charakteristische des Raubs ganz allgemein in den Angriff auf die Person zum Zwecke der Wegnahme von Sachen sezt, wo man denn aber in die Verlegenheit kömmt, ob der Raub als ein Verbrechen an der Person oder an Sachen angesehen werden soll. Auch die Engländer sind geneigter, durchgreifend

---

[1]) Die Engländer haben hier ein eigenes Verbrechen burglary.

allgemein den leztern Standpunkt zu wählen [1]); allein nicht nur der römischen und besonders deutschen Geschichte, sondern auch der Natur der Sache widerstreitet dieser Standpunkt, für den Nichts ist, als, wie schon oben angeführt wurde, der, beiden Verhältnissen gemeinschaftliche animus lucri faciendi, wobei aber zu erwägen, daß die Charakteristik der Verbrechen nicht allein in den nächsten Zweck des Verbrechers gestellt werden kann [2]).

Alle Kunst der Wissenschaft im Kriminalrecht besteht in der feinen Darstellung und Begränzung der einzelnen Verbrechen, denn nur so läßt sich ihre Strafwürdigkeit gehörig erwägen, und weder die Römer in ihren Komitialgesetzen, noch die deutsche Jurisprudenz, und am wenigsten die deutsche Praxis, wie man schon in der gewöhnlichen Benennung bei den Aktenüberschriften und Kriminaltabellen, ja auch in den Entwürfen der Gesetzbücher, sieht, haben es hier weit genug gebracht. In unserem Falle ist es vom größten Interesse, den gemeingefährlichen die persönliche Sicherheit angreifenden Raub von den gewaltsamen Entwendungen zu unterscheiden. Hiernach wird zum ersteren Folgendes im Detail erfordert:

1) Der Plan (animi propositum), eine Person anzugreifen und zu überwältigen. Die Ueberwältigung ist die Hauptsache; wieweit hier der Räuber gehen muß, ist mehr zufällig; aus seinem speziellen Plane und anderen Umständen läßt sich hier das Vorhaben grober Gewaltthätigkeit leicht erkennen. Manche haben die Gewalt als eine Bedrohung von Leib und Leben charakterisirt, und gewiß ist nöthig, daß eine ernstliche Besorgniß in dem Beraubten erweckt sey. Niemand vor uns hat gefragt, ob ein Weib als Räuber erscheinen könne [3]), wir antworten mit Karl — wenn es ein grausam Weib und der Mann ein weicher Mann wäre. In der Ausführung des oben angegebenen Plans besteht die äußere Handlung des Verbrechens.

2) Der Endzweck ist kein anderer als lucri faciendi animus und zwar in Beziehung auf Wegnahme körperlicher beweglicher

---

[1]) *Hawkins* treatise I., wo er die larency from the person oder robbery zu den offences against the property of individuals stellt.

[2]) Die Römer haben die Nothzucht nicht zu dem adulterium gestellt, obgleich der Zweck beider die Befriedigung der Wollust ist.

[3]) Diese Frage bei der Nothzucht aufzuwerfen, hatte einigen Kitzel.

Sachen gerade so wie beim Diebstahl. Der Ueberfall, um Jemand aus dem Besitz unbeweglicher Sachen zu verdrängen, oder um ihn zu einer obligatio zu nöthigen, ist kein Raub; der Zweck muß eine occupatio seyn, und soferne man eine andere Sache dagegen gibt, wenn dieß nicht sowohl Verhöhnung als Ernst ist, findet der Begriff von Raub nicht Anwendung.

3) Ein Aufpassen auf der Landstraße, ein Einbrechen in Häuser, ein Benützen solcher Verhältnisse, wo der Bedrohte hilflos ist, Tragen von Waffen, Ueberfallen in der Nacht — sind nicht wesentliche Merkmale, aber sie fehlen niemals alle, und gehören als belebende Farben in das Bild des Räubers. In der That ist die Scholastik der neueren Zeit unter den Juristen in Bildung der Begriffe viel verwerflicher, als sie es je war, und das Herausziehen der Merkmale des Thatbestandes aus einem Begriffe ist es gerade, was die Sache unfaßlicher, unbegreiflicher macht, als sie vor der Aufstellung des Begriffes bei dem dunklen Bilde war, was aus der Erinnerung des Lebens und dem Klange des Wortes vorschwebte.

Die hier angegebenen nicht wesentlichen Umstände zusammengehalten mit der Richtung ad a konstituiren in concreto das Verbrechen des Raubs besser, als sich durch Definitionen und Beschreibungen thun läßt.

Die Mißhandlung der Person ist übrigens beim Raub nicht bloß Mittel, sondern sie ist die Intention des Verbrechers selbst, und man weiß oft gar nicht, ob man etwas bei einem solchen Angriffe lukriren könne und werde. Der Räuber versucht sich an der Person dessen, dem er seine Habe abnehmen will, es ist eine Art von Kriegszustand, in welchen der Räuber sich und uns versezt. Wo dieß der Fall nicht ist, ist mehr ein kecker Dieb, der nicht selten auch einem Vergewaltiger gleich geachtet wurde, aber kein Räuber da. Der Begriff unserer Kompendien verwischt zu sehr im Bilde des Räubers

a) die Gefährlichkeit seiner Person, weßhalb der Mensch leichter zum Diebstahl sich entschließt, wie zum Raub;

b) das Herausfordernde seines Benehmens. Dieß ist nicht charakterisirt mit dem römischen Gegensatze des Violenten zum Fraudulosen oder mit der Gewalt an der Person im Gegensatze der heimlichen Umgehung der Person;

c) die Folgen, die unmittelbar die Person physisch oder psychisch treffen, so daß die Entwendung die Nebensache ist und bleibt.

Wo diese Umstände nicht da sind, bleibt die Gewaltthat bei der Entwendung einer Sache der Nebenpunkt, z. B. wenn ein leichtfertiger Bursche einem Mann des Nachts den Mantel vom Leibe reißt, und davon eilt; wohl auch, weil der Mann festhält, sich durch seine Uebermacht zum Herrn des Mantels macht, selbst wenn eine kleine Balgerei dabei stattgefunden hätte. Viele werden nach gewöhnlichen Begriffen dieß für einen Raub erklären, es ist und bleibt aber ein kecker Diebstahl.

Das Resultat unserer Ausführung wäre also in Kurzem folgendes: Daß wo man aus der Person des Verbrechers, aus seinem Plan und Benehmen, sowie aus den Folgen sieht, daß der Angriff auf die Person die Hauptsache und der Gewinn das gewünschte Resultat der Unternehmung ist, Raub da ist; wo aber man aus den gedachten Prämissen erkennt, daß das Wegnehmen gewisser Sachen, die man ebendeßwegen schon vorher speziell im Auge hat, die Hauptsache, und das mehr heimtückische Wagen an die Person das zufällige Mittel ist, da erscheint die Handlung als Entwendung. Merkwürdig ist daher, daß der Räuber nur einen generellen Kontrektations animus hat, der Dieb aber seinen Plan auf ein spezielles Objekt gestellt hat. Am wenigsten kann man hier aus dem Standpunkte der römischen rapina argumentiren, denn diese ist weder Raub noch Entwendung, sondern eine Beschädigung bei Gelegenheit der Ausübung einer Gewaltthat [1]). Es bleibt also für das Bild des Räubers aus dem römischen Rechte Nichts wie der Begriff von grassator und latro, und aus dem deutschen Rechte der Begriff eines solchen, der in Häuser und Hof bricht und schleicht, oder sonst Jemanden abpaßt, um durch einen entsprechenden Anfall auf seine Person und deren Ueberwältigung ihm Sachen von Werth in eigennütziger Absicht abzunehmen. Ist es dabei ausdrücklich auf

---

[1]) Daher gehört die Lehre von den bonis vi raptis weder in die Lehre von Raub, noch in die Lehre von Diebstahl, sondern in die Lehre von den Beschädigungen, wo der kriminalistische Standpunkt der vis und der civilistische des Edikts noch immer praktisch ist.

Tödtung abgesehen, so ist die Handlung Mord und die räuberische Absicht gravirt wohl den Thäter, führt aber nicht in die Konkurrenz zweier Verbrechen, wovon bei der Tödtung weiter die Rede seyn wird.

§. 59.

Von den Arten des Raubs.

Diejenigen, welche von dem Standpunkte der Vergewaltigung ausgingen, unterscheiden die eigentlichen und uneigentlichen Räuber, indem nämlich Einige, die in der That nicht Vergewaltiger an der Person sind, doch wegen objektiver und anderer Verhältnisse als eben so gefährlich angesehen werden sollten, wie z. B. derjenige, welcher einen Kirchendiebstahl begeht, oder als dritter Dieb erscheint. Die Vertheidiger dieser Ansicht nehmen auch wohl auf den Ort Rücksicht und unterscheiden die Straßenräuber von denjenigen, die an anderen Orten die Personen überfielen, wo die Gefahr nicht so groß ist; endlich sah man oft auf den Erfolg und nannte wohl auch Raubmord jeden Raub, wo eine Tödtung des Angegriffenen vorkam, wenn dieselbe auch nicht in dem Plane der Räuber lag. Diejenigen dagegen, welche den Raub aus dem Standpunkte der Entwendung ansehen, waren versucht, die verschiedenen Arten des Diebstahls darauf anzuwenden, und wohl von einem großen und gefährlichen Raub zu sprechen; aber gerade hierin zeigt sich am besten, wie falsch die leztere Theorie ist. Diese beruhte zum Theil auch auf einem Mißverständnisse, man glaubt nämlich, Kirchendiebstahl und Kirchenraub sey unterschieden worden, und in gleicher Weise sey auch in andern Beziehungen objektiv Diebstahl und Raub zu unterscheiden, was aber durchaus falsch ist, wie wir schon an einem anderen Orte gezeigt haben.

§. 60.

Von der Vollendung des Raubs.

Es ist zu mißbilligen, wenn man der Lehre vom Raub den Thatbestand des Diebstahls zum Grunde legte, obgleich dieß sehr verdiente Rechtslehrer wie Quistorp, Klein, Martin, Wächter, Hepp thun, sondern nur der animus lucri faciendi findet sich hier ebenso wie beim Diebstahl. Wenn man

bei der Wegnahme eigener Sachen keinen Raub begeht, so ist es eben der Umstand, daß man den animus lucri nicht haben kann, sondern z. B. nur den der Selbsthülfe, und nicht entscheidet hier die objektive Rücksicht. Nirgends aber tritt dieser Fundamentalpunkt bestimmter hervor, als hinsichtlich der Vollendung des Verbrechens. Der Raub ist durch die bloße Gewaltanwendung als vollendet anzusehen, und vom Erfolge hinsichtlich der Wegnahme von Sachen hängt gar Nichts ab. Manche stellen dieß darin, weil die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit das Entscheidende in diesem Verbrechen sey, wenn es auch selbst eine Entwendung sey und bleibe; allein in jedem Diebstahl liegt eine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit; vielmehr ist es die Gefahr für Personen und die Gesinnung der aufgelösten bürgerlichen Ordnung, welche im Räuber, als einem Angreifer im Frieden und Schatten der Gesetze, gestraft wird. Die Gefährten des Kriegs waren immer Brand und Raub, und ein Zeichen unserer vorgerückten Kultur ist es gewiß, daß in den neuesten Kriegen diese Gefährten seltener erschienen. Mit dieser Ansicht von der Vollendung steht dann auch in Verbindung, daß auf den Werth und die Bedeutung des Geraubten Nichts ankommen kann.

§. 61.

Von der Theilnahme an diesem Verbrechen.

Wie bei allen Gewaltthaten, so kommen auch hier gewöhnlich Mehrere als Theilnehmer vor. Man muß bei der Theilnahme an Gewaltthaten unterscheiden

a) diejenigen, wo die Masse in Bewegung gesezt wird, und nicht dieselben Gedanken die Einzelnen bestimmen;

b) diejenigen, wo die Mehreren durch die genaue Kenntniß ihres Verbrechens verbunden werden. Das Leztere ist beim Raub der Fall und daher ist die Strafwürdigkeit der Theilnehmer so gleich, während sie im ersteren Fall höchst verschieden seyn kann. In der ersteren Hinsicht muß man gewöhnlich auch die eigentlichen Kenner des Plans und Zwecks und die Uebrigen unterscheiden; beim Raub aber ist die **societas delinquendi** eine sehr gleichartige Verbindung hinsichtlich der Schuld. Gehülfen kommen hier selten vor, denn Derjenige, welcher mit Vorwissen am Raubplane Hülfe leistet, ist Mitthäter und es hängt gar nicht davon

ab, wieweit er es getrieben hat. Doch kann Jemand nur als Gehülfe des Diebstahls erscheinen, wenn der Andere seinen gewaltthätigen Plan ihm nicht kund gemacht hat, wenn z. B. ein Dienstbote des Beraubten Jemanden zum Stehlen, nicht aber zum Raube, Hülfe leistet, indem der Räuber bloß einen Diebsplan Jenem mittheilte. Begünstiger als receptatores kommen hier häufig vor, und eine gute Gesetzgebung soll deren Strafe besonders bestimmen, indem wir zwar immerhin annehmen, daß im Geiste des gemeinen deutschen Rechts, welchem auch der Buchstabe der Karolina entspricht, solche indirekte Förderer und Pfleger des ihnen gewöhnlich schon im Voraus bekannten Raubgesindels ganz im Geiste des Verbrechens bestraft werden müssen, welches sie begünstigen, allein gerne zugeben, daß eine Verschiedenheit ist zwischen den Begünstigern mancher Verbrechen, wo nur Mitleid, und jedenfalls keine Art von Theilnahme am Verbrechen waltet, und den Begünstigern solchen schlechten Gesindels, die in der Regel nicht weniger demoralisirt und wegen Unmacht oder Feigheit nur nicht gleich gefährlich sind.

§. 62.

Von der Strafe des Raubs.

Die eifrig noch von Grolman und Andern behandelte Kontroverse, ob jeder Räuber mit der Todesstrafe zu belegen sey, würde weniger Bedeutung gehabt haben, wenn man nicht den Begriff von „Räuber“ so unbestimmt hingestellt hätte. Dieser Begriff deutete weder auf die römischen Straßenräuber, noch auf die deutschen Robber, noch auf den, welcher eine rapina im römischen Sinne begeht, sondern auf einen Solchen, welcher eine vis an Jemanden ausübt, um ihm Etwas abzunehmen. In dieser Richtung mußte die Todesstrafe sehr unnatürlich erscheinen und es gehörte Kunst dazu, unserem Karl sie als eine absolut bestimmte, allgemeine, für Fälle jenes Begriffes unterzulegen. Viel passender, wenn auch nicht richtiger, war die Meinung so vieler Praktiker, Karl habe nur an den grassator gedacht. Zwar hat er an den deutschen Räuber gedacht, aber derselbe war in seinen Augen nach Rohheit und Gefährlichkeit nicht viel anders als der römische grassator. Gewöhnlich nimmt man jezt an, daß die Todesstrafe nur durch die konkrete Schwere des Verbrechens

gerechtfertigt werden könne, welche denn selbst wieder erklärt werden dürfte aus dem Erfolg, wenn etwa eine Tödtung (auch ohne Mord zu seyn) stattgefunden hätte, ferner aus der individuellen Gefährlichkeit des Räubers, aus der innern und äußern Gewaltthätigkeit, die sich durch die Zahl, Waffen, Grausamkeit der Theilnehmer und die Intensität des Plans zeigt, endlich aus der großen Zahl der Räubereien, die das Individuum verübt hat. Nimmermehr aber würden uns solche Rücksichten bestimmen, dergleichen sind z. B. daß der Postwagen beraubt worden ist, indem das Haus jedes Einzelnen so heilig ist, wie der Postwagen; oder daß durch Exempel auf solche Leute gewirkt werden müsse; denn unter allen Sätzen halten wir keinen für erbärmlicher, sowohl in der Kriminal- wie Disziplinar-Justiz, als den, daß man wirken müsse durch den Terrorismus der Strafe. Der Ernst der Rechtsanwendung, hervorgegangen aus mildweiser Berücksichtigung des Falles, ist der still traurige Triumph der recht erkannten Richterpflicht.

Landfriedensbruch und Befehdung.

§. 63.

Diese Lehre in der ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung hat ihren Stand für die Anwendung gänzlich verloren. Was man jezt aus ihr macht, ist ein künstliches Institut der Gelehrten und das Wort Landfriedensbruch wird von den Laien nicht verstanden, ein sicheres Zeichen, daß die Sache der Vergangenheit angehört. Eine kurze historische Entwickelung wird, da der Gegenstand selbst schon weitläufig behandelt ist, die praktische Bedeutung unserer Ansicht bestätigen. Der Ursprung des deutschen Strafrechts ist zu suchen da, wo aller Ursprung des deutschen Rechts liegt: in der Bedeutung der Wehre, d. i. der Vorstellung vom wohlbegründeten Schutze der Person und des Guts freier Männer. Wer des Andern Wehre verlezt [1]), bricht den gemeinen Frieden und sezt sich jenen Folgen aus, die früher die Stelle der Strafe vertraten. Als die Deutschen sich fest

---

[1]) Lex Salica tit. XVIII. (ed Eccardi), qui alienam villam invadit etc.

niederließen, waren die Wohnsitze mit ihren Umgebungen das Land des freien Mannes, seine Wehre, daher, wer in ein Gut eingewiesen wurde, das Gut, d. h. Land, erhielt cum pace et banno [1]), daher die Sachen, welche außer der Wehre waren, besonders gefriedet wurden [2]), und daher endlich gewisse Sachen nicht nur in der Wehre des Einzelnen, sondern auch der Gesammtheit standen [3]). Diese Wehre nicht zu verletzen, gehörte zur treuga, und bald gab die Kirche diesem Gedanken des Friedens ihre Weihe, indem sie für einzelne Verhältnisse und Zeiten, wo man durch den gemeinen Frieden nicht gebunden war, den Frieden begründete; so z. B. sollte man an Sonn- und Feiertagen, später auch an einzelnen andern Tagen Gewalt nicht gebrauchen, auch wenn man den gemeinen Frieden nicht verlezt haben würde. Dieß ist die treuga Dei [4]) oder canonica, von welcher auch die italienischen Juristen, z. B. Bonifacius und Andere, erzählen [5]). So stellte sich einander gegenüber die Verletzung des gemeinen und Gottesfriedens auf der einen Seite und die erlaubte Gewaltanwendung faida auf der andern Seite. Die leztere zu beschränken, war nun der Zweck der langsam fortschreitenden Kultur. Die Sitte hatte den germanischen und nordischen Völkern die Moral eingeprägt, daß Verrätherei, Diebstahl und Treulosigkeit ein naturâ probrum sey, Gewaltanwendung aber nicht, sondern daß diese nur unter gewissen Umständen als ein delictum juris civilis erscheine. Die Lehre von den Verräthereien, Meuchelmord, Mordbrand, Nothzucht und Diebstählen, und andern Treulosigkeiten, wozu auch die Vergiftung gehörte, als die Germanen davon hörten [6]), bildete von jeher die Sachen des Ungerichts, mit dem eigenen Prozeß der handhaften That, des

---

[1]) Kopp, hessische Gerichtsverfassung Bd. I. S. 503.

[2]) Z. B. Pflüge auf dem Felde.

[3]) Mühlen.

[4]) Weil man gleichsam mit Gott den Vertrag geschlossen hat. Siehe die in der nächsten Note bezeichnete Urkunde.

[5]) Für Deutschland wichtig ist eine Synodal-Urkunde von Köln vom Jahre 1083. Bei Möser Osnabrück'sche Geschichte II. Band documenta p. 35.

[6]) Ist offenbar ein erst später vorkommendes Verbrechen, wie schon die Zusammenstellung im Sachsenspiegel zeigt.

blickenden Scheines und des Geständnisses (gichtigen Mund) und vordem mit den fatalistischen Beweismitteln. Dagegen die Lehre von der unrechten Gewaltanwendung, und von dem gebrochenen Frieden begründete das System der Komposition und erlaubten Fehde, bis Manches daran durch Befehle unter den Karolingern mit Beistimmung ihrer Großen (der Bischöfe und andern) und durch besondere Vereinbarungen, geistliche (auf den Synoden) und weltliche, d. i. durch den vertragsmäßigen Landfrieden, verändert wurde. Diese Lehre von dem besondern Landfrieden, der endlich zu einem gemeinen, festen, immerwährenden Reichslandfrieden wurde, ist es, welche den Zeitraum bis zur Karolina hauptsächlich erfüllt. Hier wollen wir vorerst nur noch bemerken, daß die Lehre von der Wehre und vom gemeinen Frieden, wie schon oben erinnert ist, überall die Basis der einzelnen Rechtssätze bildete [1]), z. B. wenn es sich fragte, wann ein Diebstahl begangen sey, war die Antwort, wenn die Sache aus des Andern Wehre genommen ist, ferner wenn es sich fragte, wer wegen Diebstahls klagen könne, war die Antwort, nur der, aus dessen lediger, d. i. freier Wehre [2]), die Sache genommen ist; wenn man fragte, wie sich hinsichtlich der Vollendung Raub und Diebstahl verhalte, so war die Antwort, daß man in der ersten Hinsicht nur in des andern Wehre gebrochen sey [3]), in der andern Hinsicht aber etwas aus der Wehre an sich genommen habe.

An die Edlen und Wehren (nobiles et liberi) im Gegensatze der Uebrigen (clerici und servi) wurden die Bestrebungen der Kirche, der Kaiser von Friedrich I. [4]) an und der besondern

---

[1]) Mit der Lehre von der Verletzung der Wehre hängt auch die Lehre von der Vindikation der Fahrniß zusammen, man nehme die gewöhnliche Ansicht, die Cropp wieder vertheidigt (bei Hudtwalker) oder die scharfsinnige andere Lehre von Eichhorn in seiner Staats- und Rechtsgeschichte.

[2]) Darüber Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 2. Bd. §. 355.

[3]) War nicht furandi animus da, so war es einfacher Wehrbruch oder Hausfriedensbruch.

[4]) Man nimmt gewöhnlich 3 Landfrieden von diesem Kaiser an, der lezte von 1187. Eichhorn II. S. 214. Der Landfrieden, welchen derselbe auf das Chron. Ursp. ad a. 1187 sich berufend, mit Unrecht, wie oben ausgeführt ist, auf 1187 sezt, indem dieß nur gleichsam eine

Vereinbarungen der Großen gerichtet, die dann ihrerseits übernahmen, in Landfriedensbruchsachen für ihre Leute zu stehen, und die dann eben dadurch eine Art Strafjurisdiktion begründeten, wie Möser [1]) wenigstens annimmt, indem noch im 13. Jahrhunderte die Sachen des Ungerichts den Landgerichten unter der Leitung des Herzogs zustanden, aus welchen er dann glaubt, daß die Vehmgerichte entstanden seyen. Die Vehmgerichte zogen zwar auch Landfriedensbruchsachen vor ihr forum, aber sie hatten, wie im I. Theil gezeigt ist, eine selbstständigere Bedeutung. Nach dem Rechte des gemeinen Friedens konnte man sich durch Besserung (compositio) allen weitern Folgen entziehen, nach den besondern Gottes- oder Landfrieden aber fanden schon im 11. Jahrhunderte Leibes- und Lebensstrafen statt, aber nach diesem Vertragsrechte mehr in Form des Kriegsrechts als in dem gewöhnlichen Prozesse des Ungerichts, wie wieder unser Möser II. 170. 171. vortrefflich nachweist, und weßhalb man auch den Prozeß bei den gewöhnlichen Malefizgerichten von der Vollziehung der vertragsmäßigen Landfrieden wohl unterscheiden muß. Wenn die Malefizgerichte in Landfriedenssachen sprachen, bedienten sie sich freilich ihres Prozesses, und so ist das Landfriedensrecht ein Theil des allgemeinen Strafrechts geworden, wie man noch aus der Karolina sieht, welche auch Landfriedenssachen an Schöppengerichte verweist. Natürlich muß man noch erwägen, daß seit Friedrich I., wie schon an andern Orten nachgewiesen ist, die Bestrebungen der Kaiser bis auf Max I. ununterbrochen dahin gingen, auf alle dem Reiche angehörenden Personen und Sachen durch freie Einwilligung der Reichsunmittelbaren den Landfrieden auszudehnen, der aber eben deßwegen, wie ein Vertrag, von Zeit zu Zeit erneuert werden mußte, bis Max I. auf ewig das Recht der faida vernichten wollte, was ihm aber doch nicht gelang, so daß erst die durch die Zeit befestigte Sitte und vielleicht mehr noch als diese die neue Art Krieg zu führen und Macht zu entwickeln, der Sache ein Ende machte. Noch ist zu bemerken, daß die Landfriedenssachen der Reichsunmittelbaren an

---

nachträgliche Bestimmung gegen incendiarii ist, war damals das einzige Reichsgesetz, welches in aller Hände war.

[1]) III. Bd. S. 106.

das Kammergericht gehen sollten, welches auch damit so überladen wurde, daß es förmlich auffschrie. Dieß Recht wurde vom Kammergerichte bis zu seiner Aufhebung fortgesezt, obgleich keine Landfriedensbrüche im alten Sinne, sondern manchmal Ausbrüche kriegerischer Gewalt eines Territorialherrn gegen den andern vorkamen. Bei den nicht Reichsunmittelbaren waren schon durch früheren Brauch, wie oben angeführt ist, in Befehdungen und Störungen des Landfriedens die gewöhnlichen Malefizfolgen begründet, und hauptsächlich wurde dabei die Konkurrenz der Verbrechen, Raub, Brand, Tödtung in Betracht genommen. Und dabei blieb, da die Karolina auf diesem Standpunkte gegeben war, nach dem Buchstaben des Gesetzes die juristische Lage der Sache bis in unsere Zeit. Allein in facto hatte sich Vieles geändert — Befehdungen hörten schon längst auf, und damit der eigentliche Landfriedensbruch; und deßhalb verstanden die Gelehrten unter diesem Verbrechen Nichts anders, als die wilden Ausbrüche einer Masse von Einzelnen gegen Einzelne, um durch Waffen und feindliche Zerstörung Selbsthülfe und Eigenmacht zu üben.

Vom Duell.

§. 64.

Die Geschichte des Duellwesens ist sehr dunkel. Aber läugnen läßt sich nicht

I. daß die Wurzel in dem alten Kampfrechte, welches sowohl als gerichtliches wie außergerichtliches, dort zum Beweise [1]), hier als Fehderecht vorkömmt, liegt. Schon aus dem Landfriedensgesetze Friedrichs I. sehen wir, daß nicht jeder zum Kampfrechte im Gerichte zugelassen wurde, sondern nur Freie, die sich gewissermaßen ebenbürtig waren. Dabei ist nicht zu übersehen, daß, wenn Jemand sich von einer Verleumdung frei machen wollte, und auf die geschehene Aufforderung ein Anschuldiger sich stellte, dieser ohne weiteres zum Zweikampfe gefordert werden

---

[1]) Nach Sachsen Recht konnte man auch durch Schelten des Urtheils die Sache in das Kampfrecht ziehen.

konnte. Dieses Recht bildete ganz besonders mit dem ritterlichen Sinne für Waffenspiel sich weiter, und wurde dahin ausgedehnt, daß andere gleichsam als Prokuratoren für den Kampf eintreten konnten. Bei der Abschaffung des Fehderechts hat man nicht an dieß Recht gedacht, daher ihm eine eigene Geschichte wurde. Es geschah nämlich

II. zunächst, daß die freien Städter — (nicht die Zunftgenossen [1]) von dem Drucke des Kampfrechts befreit zu seyn wünschten und daß deßhalb die vorzüglichsten Städte Deutschlands eigene Privilegien erlangten. Die Sache war nämlich so: die Städter behaupteten, daß sie nur vor ihren Stadtgerichten belangt werden könnten, nicht evocirt werden sollten, am wenigsten per duellum, d. h. auf eine in ihren Stadtgerichten nicht gewohnte Weise. Siehe die Privilegien für Nürnberg, Wien, Friedberg, Gelnhausen, Frankfurt, Dortmund im 13. und 14. Jahrhunderte bei Pfeffinger im Vitriar. illust. III. p. 1252. 3. Dagegen

III. bewahrte die Ritterschaft vorzüglich dieß Recht, namentlich die fränkische, und rechnete das Kampfrecht zu dem Frankenrecht, wie man besonders aus der Hegung des Landgerichts zu Würzburg sieht, wo sogar der Bischof das Gericht zum Kampfrecht hegte, sich deßhalb eine päpstliche Dispense geben ließ, und zu diesem Zwecke ritterlich angethan war.

IV. Als der alte Kriegerstand, Ritterstand, ordo militaris equestris im 16. Jahrhunderte durchaus den Lands- und Soldknechten und der neuen Kriegsordnung, die großentheils zu Fuß gehandhabt wurde [2]), weichen mußte, waren doch die Anführer gewöhnlich Ritter, Hauptleute, Locotenenten, und sie nahmen das Kampfrecht als ein außergerichtliches Recht auf, in dem Umfang, daß selbst Franz von Frankreich Karl V. auf solche Weise zum Kampfe provocirte. Die Sache bekam nun

V. eine ganz andere Stellung, und während aus den Gerichten das Kampfrecht von selbst mit gänzlich umgeänderter Gerichtsordnung sich verlor, als Turniere und jede alte Rittersitte

---

[1]) Weil diese des Kampfrechts nicht theilhaftig waren.
[2]) Barthold in seiner Schrift: Georg von Freundsberg.

verschwunden waren, als nicht weniger die Befehdungen außer Gebrauch kamen, entstand eine gewissermaßen neue Sitte, in solchen Punkten, wo die männliche Ehre und das Kraftgefühl verlezt war, zu den Waffen zu greifen. Die Rohheit der Soldateska besonders in ihren Führern, Trunk, Spiel auf der einen Seite — das zarteste Gefühl hinsichtlich der Mannhaftigkeit und der damit verbundenen Aufopferung auf der andern nährten die Sitte, die, mit dem Charakter der germanischen Völker zusammenhängend, nicht nur auf andere Stände sich verbreitete, sondern in dem gleichsam ursprünglichen Sinn des Gottesgerichts und Fatalismus auf Waffen sich ausdehnte, bei welchen rein der Zufall waltet.

VI. So stand die Sache im 17. Jahrhunderte, jezt nicht mehr als Kampfrecht im Gerichte, als Fehderecht im alten Sinne, sondern als rohe Sitte derjenigen, die mit den Waffen umgehen, oder als **milites** (Ritter) gelten wollen, jeden sogenannten Ehrenhandel, d. i. gewöhnlichen Zwist im Trunk und Spiel, durch Balgen, wie man es nannte, auszumachen. So verändert war die Sitte, daß man zweifelte, ob die Sache mit dem alten Kampfrechte auf irgend eine Weise zusammenhänge [1]), und in der That war Zweck und Wesen der Sache verändert. Diese Monomachie gehörte in das Kriegsrecht des Ritterthums nicht hinein, es war nur auf ein gegenseitiges Halsbrechen abgesehen, und besonders von der Zeit an, wo das sogenannte Kugelwechseln Sitte wurde. Es fehlte zwar nicht an Solchen, welche dabei die schöne Seite der unbefleckten Ehre des Mannes, die theurer sey, als das Leben, hervorzuheben suchten, und bei den feiner Fühlenden nahm die Sitte selbst auch eine feinere Grundlage an, aber der Feinere dem Rohen gegenüber war in der Gewalt der Rohheit, weil der Geforderte oder Beleidigte gleichmäßig gezwungen war. Schon der Zwang, mit welchem das ganze Duellwesen auftritt, widerstrebt jeder vernünftigen Ansicht von der Sache. Dieß hat man auch schon im 17. Jahrhundert begriffen, und so erklärt sich der im Jahre 1668 gefaßte, vom Kaiser bestätigte, aber doch nicht zur Vollziehung gebrachte Reichsschluß. Die Reichsstände nämlich

---

[1]) Gerstlacher XI. Band seines Handbuchs der deutschen Reichsges. S. 3050.

hatten ihn publiziren sollen, wie man in Beziehung auf den passus über die Studentenduelle sieht, und die Verabredung war mehr als Vertrag, wie als Reichsgesetz aufgestellt, und enthält im Ganzen auch nur polizeiliche Grundsätze über die Verhinderung des Verbrechens und über dessen Verfolgung. Daß es strafbar sey, und bei der Tödtung, wie ein Todschlag, bezweifelte damals ohnedieß Niemand, wie auch alle später erlassene Duell-Mandate der einzelnen Länder, der Eingang des kaiserlichen Briefes und die Ansicht der Kirche im Conc. Trid. beweisen.

VII. Wenn es sehr zweifelhaft ist, ob das eben gedachte Reichsgesetz die Kraft eines gemeinen Rechts durch Deutschland habe, weil nur ein Reichsgutachten und die kaiserliche Sanktion da ist, bei der damals aber schon vollkommen ausgebildeten Landeshoheit auch noch besondere Vorsehung über die Art der Publikation geschehen mußte, zumal es scheint, daß die Churfürsten und Stände bei ihrem Gutachten gemeint waren, dieser Sache entweder in einer bevorstehenden allgemeinen Reichskonstitution (Reichsordnung [1]) zu gedenken, oder nach allgemein verabredeten Grundsätzen in Landesedikten und Mandaten auszuführen [2]); so, daß die kaiserliche Sanktion nur eine Sanktion über Prinzipien war, weßhalb auch die Sanktion nur *als eine Kommunikation an die Churfürsten und Stände*, nicht als ein Reichsgesetz der Form und Sache nach erscheint [3]); — so bleibt das Dokument doch höchst wichtig, um die Sitte und die Ansicht des Rechts im Volke darüber, welche so unzweideutig im Dokumente ausgesprochen wird, zu erkennen. Wir sehen insbesondere daraus, daß es damals Balgereien zu Roß und zu Fuß gab, und daß gewöhnlich außer der Hauptkampfpartie noch eine zweite als Secunda-Kampfpartie sich bildete, woraus die Sekundanten geworden sind, die jezt eine ganz andere Bedeutung haben, ferner, daß das Kugelwechseln damals schon sehr gewöhnlich war, daß schon das Herausfordern

---

[1]) Die aber nicht zu Stande kam.

[2]) Siehe den Eingang der kaiserlichen Sanktion bei *Gerstlacher* XI. S. 3043.

[3]) Welches aus Allerhöchstgedacht Ihrer kaiserlichen Majestät allergnädigsten Befehl Hr. Commissar. Excellenz Ihnen der Churfürsten und Stände Räthen zu verlässiger kaiserlicher Resolution anzufügen nicht unterlassen wollen.

ein Verbrechen bilden solle, Tödtungen aber als Todtschlag zu bestrafen seyen — Wirthe und Hausherren von dem intendirten Duelle Anzeige machen und Posthalter keine Pferde zur Flucht hergeben sollen, endlich alle Obrigkeiten des Reichs aufhalten, ausliefern und zu allen Diensten und Gegendiensten bereit seyn sollen [1]).

VIII. Wenn nun aber diese Sanktion als Gesetz nicht gilt, so entsteht die Frage: ob das Duell jure communi überhaupt ein Verbrechen sey. Hierüber haben wir im Grunde drei Meinungen:

a) Das Duell sey von jeher für ein Verbrechen angesehen worden, weil Leben und Leib in Gefahr kommen, und der Gebrauch lebensgefährlicher Waffen gegen den öffentlichen Frieden gehe.

b) Das Duell sey nach den Grundsätzen von Tödtungen und Verwundungen und natürlich auch als Versuch zu diesen Verbrechen anzusehen.

c) Das Duell sey an sich nicht strafbar und keine Verletzung des Rechtsfriedens, es könne auch nicht nach dem Erfolge, am wenigsten aber als Versuch in Beziehung auf den gewöhnlich keineswegs vorbedachten Erfolg betrachtet werden. Die Vertheidiger dieser lezten Meinung nehmen dann gewöhnlich den Satz: nulla poena sine lege, ferner den Satz, daß die Analogie zur Annahme eines Verbrechens nicht gebraucht werden könne, und überhaupt die bekannte Theorie von der Entstehung des Strafrechts — bloß durch das Gesetz — in Anspruch.

Die Vertheidiger der ersten Ansicht aber stehen philosophisch in dem entgegengesezten Systeme, was den Buchstaben des Gesetzes nicht für nothwendig hält, eine Rechtsethik im Volke sucht, zur Bestätigung derselben Analogien zuläßt, wie namentlich hier von dem Verbote aller Befehdung, und in einem langen Gerichtsherkommen allein hinreichende äußere Auktorität für die Bestrafung des Duells findet.

Die in der Mitte stehende Meinung hat wohl einen richtigen major; aber es fehlt am minor, denn in vielen Fällen wird nicht einmal von kulposen Tödtungen und Verwundungen die

---

[1]) Wegen der Studentenduelle soll Vorsicht in den akademischen Gesetzen geschehen.

Rede seyn können, weil in der Abwehrung des Uebels von sich das Uebel gegen den Andern entsteht, und weil derjenige, welcher die Handlung selbst nicht für unerlaubt erkennt, auch nicht nach dem Erfolge der Handlung das Verbrechen bestimmen kann.

Bei diesem Standpunkte der Meinungen ist es durchaus zwecklos, diese Lehre nach gemeinem Rechte weiter dogmatisch behandeln zu wollen, zumal aus dem Prinzipe die Entscheidung einzelner Punkte, z. B. der Strafbarkeit der Sekundanten und Kartellträger, sowie der Rücksicht auf den Erfolg in Hinsicht der Größe der Strafe sich leicht machen läßt.

Drittes Buch.

Von den Beschädigungen an Leib und Gut der Privaten.

Allgemeine Einleitung.

§. 65.

Es sind hier in dem römischen und germanischen Rechte vor Allem die Prinzipien aufzusuchen, die der ursprünglichen Idee des Rechts über unsern Gegenstand zum Grunde liegen, und durch deren Weiterentwickelung das Verständniß der Quellen selbst erst bewirkt wird.

In der aus den Fragmenten der XII Tafeln zu entnehmenden Ansicht scheint alle Beschädigung an Leib und Gut unter dem Standpunkte des **judicii privati de injuriis** insoweit zusammengestellt zu seyn, als nicht

a) die Sache in das **judicium publicum** namentlich **perduellionis** hinüberführte und nicht

b) dabei von der Persönlichkeit des Besitzers ganz abgesehen werden konnte, indem allein der Werth des Guts und der Eigennutz des Beschädigenden in Betracht kommen. (**Animus lucri faciendi et contrectatio rei — furtum** im alten allgemeinen Sinne des Wortes.)

Das Injurienrecht ist sonach die Grundlage des Rechts für Beschädigung an Leib und Gut. Speziell waren im Geiste der noch einfachen Rechtsdarstellung nur hervorgehoben **membra rupta,**

ossa fracta [1]), und beim Angriff auf das äußere Gut scheint man sogar ursprünglich nur dasjenige, was furtim geschah, strenge angesehen zu haben, also über die Anwendung des Injurienrechts auf das damnum datum sehr bedenklich gewesen zu seyn, weil man hier viel später erst zu einer eigenen lex kam, welche alle Bedenklichkeiten aus dem alten XII Tafelrechte entfernen, und ein Anfang neuer Ordnung seyn sollte, ein Verhältniß, was in der römischen Rechtsentwickelung nicht oft hervortritt.

L. 1. pr. D. 9. 2.

Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de *damno injuria* locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit, quas nunc referre non est necesse.

Nun bildete sich die privatrechtliche Straf- und Persekutionslehre über die Beschädigung im römischen Rechte nach einem dreifachen Standpunkt aus — nämlich nach dem **animus lucri faciendi, damni dandi und injuriandi.**

In lezterer Hinsicht, nämlich in der Bedeutung des **animus injuriandi** durch den vorliegenden Gegensatz, stellt sich von selbst die Richtung auf die Kränkung der Persönlichkeit heraus, indem diese auf die verschiedenste Art angegriffen werden kann. Wenn in den XII Tafeln bloß von den **famosis carminibus** die Rede ist, so ist dadurch offenbar nur eine bedenkliche Seite der Injurien angedeutet, und es wird die Folge zeigen, wie schwer es hielt, aus der Richtung der Kränkung der Persönlichkeit zu einem befriedigenden allgemeinen Standpunkte zu kommen. Aber wichtig ist, daß im römischen Rechtssystem nie der Gedanke untergegangen ist, daß jeder Angriff auf die Persönlichkeit eine Injurie sey, und daß Alles, was **adversus bonos mores** fit, und was von demjenigen, **cujus interest non fieri**, nicht unter einen andern Rechtsstandpunkt gebracht werden kann, als Injurie verfolgt werden möge. In dieser Beziehung sezte dann die Injurie in keiner Weise wesentlich und nothwendig eine Beschädigung

---

[1]) Gajus III. 223. Es kömmt hier nicht darauf an, ob und wie die Sache in den XII Tafeln stand; siehe über das hieher gehörige Fragment aus Priscianus Dirksen Uebersicht der Fragmente der XII Tafeln S. 517.

an Leib und Gut voraus, und darin liegt der Unterschied zwischen dem *damnum injuria datum* und der *injuria* [1]).

Unbezweifelt ist schon nach dieser Darstellung im römischen Rechte das System des Privatrechts die Grundlage alles Strafrechts bei den Läsionen der Person und Güter der Einzelnen. Auch hat sich in diesem Geiste der äußere Standpunkt der Läsion als Hauptrücksicht hervorgebildet, während das öffentliche Strafrecht, als auf einer feindseligen Stimmung gegen die Staatspersönlichkeit ruhend, es lediglich mit der in einer bestimmten That geäußerten Gesinnung zu thun hat. Wie nun das öffentliche Strafrecht in die Läsionen der Einzelnen herübergriff, ist zunächst zu untersuchen.

In dem alten römischen Sakralrechte wurden sicher gewisse Läsionen an Einzelne verfolgt, indem Beziehungen der Einzelnen zu einander geheiligt waren, z. B. das Verhältniß der Klienten und des Patrons [2]), der Kinder zu den Eltern [3]). In den leges regiae steht, daß das Kind, welches seine parentes mißhandelt, divis parentum sacer sey [4]). Die Tödtung unter Umständen, wo keine geheiligten Beziehungen verlezt wurden, scheint seit Numa aus dem religiösen Standpunkte nur eine Expiation zur Folge gehabt zu haben [5]) und der Gesichtspunkt der perduellio, der ebenfalls eintreten konnte, wenn Jemand in einer bestimmten bösen Gesinnung da, wo er gewissermaßen zur Ehrfurcht, Treue oder liebevollen Beschützung verbunden war,

---

[1]) Wenn Jemand bloß das damnum injuria datum verfolgt, und also rein die Läsion im Auge hält, nicht den animus so, daß das geringste Versehen gleich ist der böswilligsten Gesinnung, so kann man eigentlich gar nicht von einem Delikt sprechen, und die actio ex lege Aquilia ist in der That eine persecutoria, natürlich aber als solche zu den actionibus ex delicto zu rechnen, da im Obligationen-Rechte das Klagesystem in den meisten Wirkungen ganz darauf ruht, ob die actio als ex contractu oder als ex maleficio kommend aufgefaßt werden muß, und ein Drittes nicht in Betracht kömmt, woraus sich auch allein die Bildung der quasi contractus und quasi delicta als vernunftgemäß rechtfertigen läßt.

[2]) Servius ad Virg. Aen. 6. 609. Dirksen Uebersicht S. 604.

[3]) Doch kam es hier gewöhnlich zum judicio domestico.

[4]) *Festus* V. plorare Dirksen Versuche S. 289 ff. *Platner* quaestiones historicae de criminum jure antiquo Romano p. 27.

[5]) Virg. Ecl. 4. 43. Georg. 3. 337.

getödtet hatte, ist ein ganz anderer, wovon gleich mehr [1]). Außerdem waren auch Beschädigungen an Sachen im Sakralrechte geahndet, z. B. die Grenzverrückung, Felddelikte.

Was aber das von dem Sakralrechte verschiedene **judicium publicum** angeht, so kam dieses in einer doppelten Gestalt in der ältern römischen Zeit vor; nämlich als **judicium perduellionis vel capitis** und als **judicium pecuniarium.** Das erstere ruhte auf dem Prinzip, daß man den Feind zu tödten berechtigt sey; aber es gab keine Gesetze oder Grundsätze darüber, wer als **perduellis** anzusehen ist, sondern die Natur des konkreten Delikts bestimmte den Ankläger und das **judicium populi.** Daß aber Morde darunter gerechnet sind, beweist uns genügend das berühmte Beispiel des Horatiers. Ebenso war es möglich, daß Jemand wegen einer Gewaltthat an einem römischen Bürger auf eine Geldstrafe angeklagt werden konnte, und auch für das **judicium** auf **mulctae** gab es keine auf irgend eine Art zur Abstraktion gebrachte Kasuistik. Das **judicium publicum** war, weil weder in den **XII** Tafeln, noch durch andere **leges** etwas bestimmt und eine ähnliche Rechtsbildung, wie durch das Edikt nicht möglich war, eine rein in das souveräne Gefühl gestellte Sache, und inwieferne das Volk die Läsion an einem Einzelnen als Volksangriff ansehen wollte, hing ganz und gar von dem Falle ab.

Dabei aber ist als unbezweifelt anzunehmen, daß außer den **judiciis privatis et publicis** und der Bedeutung des Sakralrechts im alten Römer-Rechte keine andere Spur von Verfolgung der Läsionen an Einzelnen, namentlich nicht, wie Einige gemeint haben, die germanische Blutrache zu finden ist. Platner hat erst wieder in der neuesten Zeit mit vollstem Grunde, wie wir früher, bemerkt, daß uns bei den Römern in ihrer ältesten Zeit Selbsthülfe oder diese Ausübung des Familienrechts nach Außen nicht begegnet, weil das römische Gemeinwesen schon vollkommen hervorgebildet erscheint [2]). Dasjenige, was von der **ruptio**

---

[1]) Der Gedanke des homicidii als Verbrechen war noch lange nicht da, sondern nur der des parricidii.

[2]) Was in der Schrift von Köstlin (die Lehre von Mord und Todschlag Stuttgart 1838) dagegen gesagt ist, geht auf die unhistorische Theorie hinaus, daß jede Rechts-Entwickelung auf vindicta

membrorum und fractio ossium vorkömmt, und in das judicium privatum injuriarum hinführt, zeigt nur an, wohin das äußerste Privatrecht in Privatgerichten geht, wie dieß ganz ähnlich in den Schuldrechtsfällen ist. Aber von einer Einforderung dieses Rechts durch cognati, was ja eigentlich die gesetzlich gewordene Blutrache konstituiren würde, ist nirgends die Rede [1]).

Im Verlaufe der Fortbildung durch die Zeiten der emporblühenden römischen Republik, und mit dem Aufhören des Sakralrechts scheinen die Läsionen an Einzelne, welche besonders geheiligt waren, ohne weiteres unter dem Namen parricidium in das judicium perduellionis übergegangen zu seyn, doch haben wir hiefür keine bestimmte Zeugnisse.

Also stand die Sache unbestimmt genug bis in die Zeit der regulirten Quästiones. Hier aber wurden nicht nur Tödtungen überhaupt, d. h. auch solche, die nicht zu den parricidiis gehörten, öffentlich strafbar, und die parricidia eben deßhalb auf eine ganz andere Art regulirt; sondern auch andere Injurien wurden öffentlich gestraft, und allerlei Bedrückungen und Beeinträchtigungen Einzelner durch leges zu öffentlich strafbaren Handlungen erhoben, wovon in dem mehr besondern Theile dieser Darstellung.

§. 66.

Auch im germanischen Rechte bildete sich die Verfolgung des Unrechts an Leib, Gut und Ehre gewissermaßen aus dem privatrechtlichen Standpunkte heraus, aber weniger rationell und keineswegs im Geiste der schon begründeten bürgerlichen Ordnung, wie vielmehr aus dem Standpunkte der noch nicht zum Gemeinwesen verbundenen Familien. In der germanischen Rechtsbildung ist nämlich zu erkennen, wie man anfänglich nur zu bestimmten Zwecken, namentlich Kriegszügen, in Volkshaufen sich vereinigte, im Uebrigen aber bei dem natürlichen Stande der Familienordnung festhielt, woher auch ursprünglich nur die treulose Verlassung des Heeres ein öffentliches Verbrechen war. Anderes Unrecht wurde als eine Feindseligkeit gegen die Familie angesehen, deren Genossen es widerfuhr, und so der Familienkrieg

---

privata zurückgeführt werden könne. Vindicta privata und Blutrache sind übrigens zwei verschiedene Dinge.

[1]) Platner l. c. p. 61.

oder die Blutrache erzeugt. Die Familie vereinigte damals noch öffentliches und Privatrecht als ein Ungetheiltes in sich, und das Volk trat nur in Kriegszügen und Streitigkeiten der Familienhäupter, oder in Markt- und Genossenschafts-Angelegenheiten zusammen. Und man sieht hieraus, wie das alte deutsche System über Unrecht, wenn man es als auf privatrechtlicher Grundlage entstanden, schildert, etwas ganz anderes ist, als das System der **delicta** und **judicia privata** bei den Römern. Bei diesen nämlich waren die Familiengenossen dem Staate vollkommen untergeordnet und die Entscheidung des **magistratus** anzuerkennen schuldig, wenn auch der Staat das Unrecht an Einzelnen nur höchst ausnahmsweise auf sich selbst bezog; bei den Germanen aber waren die Familien Niemanden untergeordnet, und nur eine höhere Gewalt auf den Kriegszügen, und höchstens noch in Anerkennung der priesterlichen Rechte vorhanden; also war das ganze Rechtssystem der Einzelnen auf den Schutz in der Familie und auf die Selbsthülfe der Familie gegen andere Familien gebaut. Eben daher kömmt es aber, daß der Verrath auch als ein Privatverbrechen so lange sich erhalten hat, indem a l l e böslichen Unternehmungen gegen das Familienhaupt und die Familiengenossen diese Richtung der **proditio** haben, und es durchaus nicht darauf ankömmt, ob Leben, Leib oder Gut hier angegriffen wird [1]). Nach Außen der Familie aber wurde sehr frühzeitig unterschieden, worin die Läsion besteht, nicht etwa, weil davon das Recht der Selbsthülfe (**faida**) selbst abhängig gewesen wäre [2]), als vielmehr um in der spätern Zeit das Ablösungssystem darnach auszubilden. Also wurde

1) die Tödtung nach verschiedenen Gradationen in Anschlag gebracht und das Lösegeld (**emendatio**) immer mehr nach Stufen ausgebildet [3]);

2) die Leibsverletzung eigenthümlich aufgefaßt. So unterscheidet das salische Gesetz [4]) **vulnera** und **debilitates** (Wunde

---

[1]) Erst sehr spät hat man auch hier nach dem Objekte der Läsion gefragt.

[2]) Aus diesem alten Stande der Selbsthülfe von Familien und Genossenschaften kommt auch das germanische Institut der Pfändung.

[3]) Der Mord als grobe Unthat wurde bald zu den **causae graviores** gerechnet und fiel dem Objekte nach in den Verrath.

[4]) 20. 32. rip. 5.

und Lähmung). Beide Arten sind sofort genau nach allen Gliedern verzeichnet [1]); im Allgemeinen sah man auf die Blutrunst, auf die Verletzung eines Knochen (scharf schlagen) und unterschied hievon die trockenen Schläge (blau schlagen). Indessen haben sich die deutschen Terminologien natürlich erst später ausgebildet. Dabei sind zu erwähnen die übrigen Angriffe auf den Leib, wie z. B. bei dem Raub, Brand, bei der Nothzucht [2]); da aber hier der Angriff auf den Leib nur das Mittel zu einem andern verbrecherischen Zwecke ist, so haben bald diese Punkte eine andere Stellung erhalten [3]);

3) Diebstahl in den verschiedensten Richtungen nach Objekt und That;

4) Schelte und ehrenrührige Vorwürfe an Männern und Weibern [4]).

Hieraus erklärt sich nun, wie noch heutzutage die vier Hauptkapitel im ächt germanischen Geiste aufzustellen sind: Tödtungen und was dazu gehört, Körperverletzungen, Diebstähle und was dazu gehört, und Injurien [5]).

Nur noch im Allgemeinen ist zu bemerken, daß mit der Bildung des fränkischen Staates die Lehre de pace servanda hieher eingriff, was dann aber den Unterschied herbeiführte, daß in Beziehung auf den jezt hervortretenden eigentlichen Begriff von Verbrechen gewisse Tödtungen, Angriffe, Diebstähle und

---

[1]) Siehe auf l. alam. 59—65. bajuv. 3. 5. burg. 5. 11. 26. 48. Angl. et Wer. 2—5. Frision 22. add. 3. Grimm Alterth. S. 628.

[2]) Auch Frauenraub.

[3]) Sie gehören zu den causae graviores des karolingischen Rechts.

[4]) Wird die Injurie nicht so speziell als wörtliche Beschimpfung aufgefaßt, so erscheint sie als Ausgang der allgemeinen Lehre von den Angriffen auf die Persönlichkeit des Einzelnen und wird wissenschaftlich und legislativ auch recht gut so aufgestellt. Dann hat unser Hauptkapitel nur zwei Theile: 1) die Lehre von den Angriffen auf die Persönlichkeit und 2) die Lehre von den Angriffen auf das äußere Gut.

[5]) Nach der vorigen Note kann man auch zwei Kapitel daraus machen, nur muß man dann in der hier stattfindenden Allgemeinheit wissen, daß manche Delikte, die zur vis oder zum falsum oder zu den Geschlechtsunsittlichkeiten gehören, davon getrennt und in ihre Kapitel eingereiht sind.

Scheltungen entschuldbar, ja einige davon erlaubt waren, während die entschuldbaren dennoch die Komposition nach sich zogen. Wo nämlich die Handlung geschehen durfte, oder doch wenigstens aus dem Standpunkte des böslichen Friedensbruchs entschuldigt wurde, da war kein eigentliches Verbrechen, eine Idee, die sich bis in das siebenzehnte Jahrhundert herein erhielt, und noch heutzutage gewissermaßen wirkt, z. B. in der Ansicht von der kulposen Tödtung in mancher neuen Legislation.

Eine merkwürdige Rücksicht bietet die Bildungsgeschichte des englischen Rechts dar. Sie, die so viel Aehnliches mit der des römischen Rechts hat, stimmt auch darin mit diesem überein, daß, als die Verfolgung der Läsionen an Leib und Gut in ein eigentliches öffentliches Strafverfahren überging, Tödtungen, Leibesangriffe, Hausangriffe, Brandstiftungen, qualifizirte Diebstähle und Beschädigungen in das allgemeine **judicium publicum capitale** (**felony**) gezogen und erst allmälig die objektiven Unterscheidungen gemacht wurden.

§. 67.

In der Entwickelung des deutschen Rechtes aber hatte frühzeitig das römische zu großen Einfluß und zwar

1) schon durch das kanonische Recht. Dieses nimmt zwar vielfach auf das germanische Recht Rücksicht, z. B. in den kasuellen Tödtungen, in der Ansicht von Friedensbruch, allein im Ganzen weht doch darin römischer Geist, wie z. B. in dem Titel der Dekretalen **de injuria** und **de damno injuria dato.**

2) Durch die Verarbeitung des Rechts in Italien. Hier geschah es, daß man sich an die Unterscheidungen der Verbrechen im Sinne der Pandekten und des Codex hielt, und daß die allgemeinen deutschen Begriffe von Verrätherei und Friedensbruch bald weichen mußten den speziellen Benennungen, die ihren eigentlichen Grund in der Geschichte der römischen **quaestiones perpetuae** haben. Im Uebrigen war es den italienischen Gelehrten und auch der deutschen Schule bis auf unsere Zeit schwer, das römische System der **judicia publica, privata** und **extraordinaria** in Beziehung der Angriffe auf Leib und Gut gehörig in das germanische Recht zu verarbeiten, und es hat dabei in der That die germanische Absicht von der objektiven Klassifikation der Läsionen überall die Oberhand behalten. Also werden die Tödtungen

in ihren strafbaren Richtungen mehr nach germanischen als römischen Ansichten entwickelt, obgleich sich hier am meisten Zusammenstimmung der beiden Rechte wird nachweisen lassen; die Körperverletzungen, die bei den Römern als Injurie oder als damnum injuria datum stehen, haben ihren eigenen Standpunkt im System des neueren gemeinen Rechts, die Lehre von den Arten der Diebstähle ist ganz germanisch und nur bei den Injurien müssen wir durchaus den feineren Grundsätzen des römischen Rechts folgen.

Erstes Kapitel.

Von den Tödtungen und denjenigen Verbrechen, die dazu gestellt werden.

A. Römisches Recht.

I. Von den hieher gehörenden Quaestiones.

Sanio ad Legem Corneliam de Sicariis part. prior Regimont. 1827.

Ramos Tribonianus sive Errores Triboniani de poena parricidii. Lugd. Batav. 1728.

§. 68.

Nach Festus sub voce parici Quaestores soll schon unter Numa der Satz gegolten haben: Siquis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto [1]) — es ist jedoch wohl anzunehmen, daß unter dem homo liber nicht der reine Gegensatz zum servus, sondern ein solcher gemeint ist, der in besonderem Verhältnisse zur römischen res publica stand, wahrscheinlich entweder in die gentes gehörte, oder das Schutzrecht der gentes genoß, so daß das parricidium von der Richtung auf die patres

---

[1]) Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts. Leipzig 1823. S. 336.

hergenommen war [1]), also und dergestalt, daß wenn auch nicht gerade der Getödtete zu den Patriziern gehörte, er doch des patrizischen Schutzrechts sich erfreute. Nur wenn Jemand von den **legibus sacratis** getroffen war, konnte man ihn tödten, ohne **parricida** zu seyn [2]).

Als die Bedeutung des patrizischen Rechts gänzlich vernichtet war, blieb die Erinnerung an das **judicium parricidii** nur deßhalb, weil dieß die Todesstrafe nach sich zog, und als die Todesstrafe für alle römische Bürger eine Zeitlang wenigstens durch den Nichtgebrauch in den neuen **leges** aufgehoben wurde, drohte man immer noch in Reden und Schriften mit dem eigentlich nicht abgekommenen **crimen parricidii**, z. B. Cicero, der doch selbst sich in dieser Beziehung etwas vorzuwerfen hatte, sagt [3]): **facinus esse ab aliquo Praetore vel Praeside vinciri Civem Romanum — scelus, verberari — prope parricidium, necari.** In dieser Richtung, d. h. in Hinsicht auf die Folge der Todesstrafe, war auch, wie schon andern Orts ausgeführt ist, das **judicium parricidii** und **perduellionis** synonym. Wenn man bei dem **parricidium** eine eigene Art von Todesstrafe anwendete [4]), so bezog sich diese (die **poena culei**) schon auf die Tödtung der **parentes**, während die gewöhnliche Todesart (**de hoste vel perduelli**) die Strafe des Beils war [5]). Wohl kam auch das Hinabstürzen in die Tiber oder vom Tarpejischen Felsen vor, aber gewiß nur unter besondern Umständen.

In der Zeit von Sulla schien es im Allgemeinen nöthig, wie in England, das Kriminalrecht durch einzelne Statute zu konsolidiren, und so kam über die Tödtungen die **lex Cornelia** von ihrem ersten Kapitel **de sicariis** genannt zu Stande. Es ist nicht mehr möglich, soviel an dieser **lex** zu restituiren, um ihren Inhalt zu übersehen, denn man weiß nur, daß das erste Kapitel von den **sicariis** [6]), und das fünfte von den **veneficis**

---

[1]) Daher will uns die Ableitung von par nicht gefallen, zumal das Wort auch nicht zwei r führen könnte.

[2]) Festus voce sacratae leges.

[3]) Verrin. actio secunda lib. 5. cap. 66. bei *Orelli* vol. 2. pars 1. p. 376.

[4]) Ramos l. c. pag. 51. sequ.

[5]) Ramos pag. 56.

[6]) Ueber sica und sicarius Ramos pag. 124.

handelte — außerdem von den incendiariis darin die Rede war, sodann auch von denjenigen, welche durch ein falsum als judices oder testes oder durch coacti homines und dadurch geschehene Einwirkung auf das Gericht einen Justizmord begingen [1]). Ob etwas von andern injuriis atrocioribus in der lex stand, ist nur von Hugo [2]) und Haubold [3]) konjekturirt, und oft bezweifelt, weil man nicht weiß, was man aus der lex Cornelia de injuriis machen soll — ebenso ist sehr ungewiß, ob etwas und was in der lex Cornelia de sicariis von dem parricidio stand, denn wenn selbst Pomponius in der l. 2. §. 32. D. de orig. jur. also in seiner Geschichtsübersicht so erzählt, daß Cornelius Sulla quaestiones publicas, veluti de falso, de parricidio, de sicariis begründet habe, so kann parricidium hier nur für homicidium stehen, oder auch den Gegensatz des homicidii qualificati zu dem einfachen bedeuten und anzeigen, daß Sulla in Beziehung auf den Verwandtenmord die alte poena culei nicht habe aufheben wollen. Daß aber nichts Näheres über das parricidium hier festgesezt wurde, geht schon allein daraus hervor, daß Pompejus kurz darauf alle Ursache hatte, eine neue quaestio deßhalb einzuführen.

Die lex Cornelia de sicariis mag sehr viele Detailbestimmungen enthalten haben, wie nicht nur aus der Vergleichung mit der uns gut erhaltenen quaestio de repetundis hervorgeht, sondern wie wir auch noch aus der Interpretation erkennen können, welche die späteren römischen Juristen über die lex Cornelia gemacht haben, obgleich hier unendlich schwer dasjenige zu unterscheiden ist, was in der lex selbst gegründet seyn mochte, und was durch die spätere Praxis hinzugekommen ist. Am Wichtigsten ist in dieser Beziehung das Verhältniß jener Handlungen, welche als erlaubte Tödtung erschienen, wie z. B. in der Nothwehr, oder in der Berufung auf ein altbegründetes jus, indem in den XII Tafeln schon den nächtlich im Hause betroffenen Dieb zu tödten gestattet war [4]) — und derjenigen, welche von der

---

[1]) Sanio I—XXVI.
[2]) Rechtsgeschichte S. 541 (10. Ausg.)
[3]) Instit. §. 212. pag. 174. ed. II.
[4]) Daher der Ausdruck jure occisus (caesus) Sanio pag. 22.

poena legis Corneliae entschuldet waren [1]), wie z. B. bei der Tödtung, die der Ehemann an den im Ehebruche attrapirten justo dolore motus vornimmt — ein Unterschied, der ganz in derselben Richtung, wenn auch unter anderer Kasuistik im germanischen Rechte vorkömmt [2]).

Zu bemerken ist in dieser historischen Uebersicht noch, daß Senatuskonsulte in einzelnen Fällen hinsichtlich der Bestrafung lediglich auf die quaestio de sicariis verwiesen, wenn auch der Fall nicht gerade eine Tödtung enthielt, wie z. B. bei jeder lebensgefährlichen geflissentlichen Unternehmung in naufragio [3]), ferner daß denselben Weg Konstitutionen der Kaiser, und zwar schon von Hadrian an, einschlugen hinsichtlich der Kastration [4]). Ferner ist zu bemerken, daß, wenn in den beiden Gesetzen der lex Cornelia und der lex Aquilia die Deliktshandlung ganz allgemein dahin bestimmt wird „qui morti causam praestiterit," bei dem ersten Gesetze sciens dolo malo subintelligirt wird, bei dem andern aber auch die geringste Nachlässigkeit, welche die Ursache des Todes ist, zureicht. Im Uebrigen braucht nach dem ersten Gesetze der Tod nicht erfolgt zu seyn, wohl aber nach dem andern. Beide Verhältnisse sind in ihren Gegensätzen und deren Begründung nicht schwer zu begreifen; aber unrecht war es, wenn man dasjenige, was in dieser Richtung bei der lex

---

[1]) Lege Cornelia non tenetur, obgleich dieser Ausdruck manchmal auch allgemein gebraucht den andern Fall einschließt, Sanio pag. 32, der Unterschied ist eigentlich der, daß im ersten Falle das sciens dolo im vollen Umfange da seyn kann, und doch der Tödtende, weil der andere getödtet werden darf, eine erlaubte Handlung begeht, und der dolus somit kein malus ist, während im andern Falle es überhaupt an der zur Zurechnung nöthigen Gemüthsstimmung fehlt, oder dieß wenigstens jure präsumirt wird.

[2]) Dagegen sehen wir vorzüglich aus den Schriften Cicero's de inv. I. 8 ad Herenn. I. 10. 14. II. 2. 16. 25. und in dem orator. partit. c. 12. — daß der Affekt nicht entschuldbares Moment war, was auch mit der vielfach wirksamen stoischen Philosophie zusammenhängt. Köstlin über Mord und Todschlag I. Theil S. 198. Nur bei dem Ehebrecher entschuldigt der Affekt, eben weil der Ehebruch an sich die Privatgewalt des Verletzten rechtfertigt.

[3]) Sanio pag. XIV. siehe auch den Fall in l. 13. D. 48. 8. ferner l. 3. D. cod.

[4]) L. 4. §. 2. D. ad leg. corn. de sicar.

Cornelia de sicariis angenommen war, oft über das ganze römische Kriminalrecht hinübergezogen hat.

§. 69.

Ueber den Zweck und über die Bedeutung der pompejischen lex de paricidiis ist man sehr im Zweifel. Uns scheint, daß in dieser lex habe festgesezt werden sollen, wie das alte judicium de parricidiis auch da abgeschafft sey, wo wegen der Verletzung der Pietät das Verbrechen härter als eine gewöhnliche Tödtung erschien. Zu allen Zeiten lebt in den Völkern die Ansicht, daß die Tödtung mit Verletzung besonderer natürlicher und bürgerlicher Pflichten, nenne man sie Pietät oder fides, einen ganz andern Charakter annehme, und daher unterschied man, wie Plutarch [1]) offenbar aus seiner Zeit und nicht im Geiste des Alterthums schrieb, das homicidium und parricidium, und Pompejus regirte nun eine lex, wornach in Hinsicht auf den Prozeß und die Bestrafung der Unterschied wegfallen, d. h. der gewöhnliche Quästionenprozeß de sicariis stattfinden solle. Einiges Eigenthümliche blieb freilich stehen, z. B. daß das Anklagerecht nicht verjährt, und in der Zeit der cognitio extra ordinem, wo die Bestrafung und der Prozeßgang in das arbitrium judicis kam, scheint man überhaupt auf den Unterschied wieder mehr aufmerksam geworden zu seyn, weßhalb auch die Juristen so fleißig untersuchten, an welchen Verwandten das parricidium begangen werde [2]). Die poena culei blieb zwar in Anwendung, und sollte wahrscheinlich auch durch des Pompejus Gesetz nicht aufgehoben werden, aber man beschränkte sie auf diejenigen, welche Eltern und Großeltern um das Leben brachten [3]).

---

[1]) In Romulo c. 22.

[2]) Hier ist dann auffallend, daß von dem jus patris über Leben und Tod der Kinder noch unter Hadrian die Rede ist, l. 5. D. h. t. und daß die Tödtung der Kinder durch die Mutter und Großeltern erst von der Jurisprudenz in das parricidium gezogen wurde. L. 1. D. h. t. Ramos lib. 7. 8.

[3]) L. 9. D. 48. 9.

II. Praxis und Jurisprudenz mit Abkommen des Quästionenprozesses.

Vorzüglich

Collatio legg. Mos. et Roman. oder

Lex Dei (Ausgabe von Blume).

§. 70.

Aus der Zusammenstellung in diesem Werke sieht man am besten, wie von Kaiser Hadrian her bei der Tödtung der Unterschied in freiwillige und unfreiwillige That ausgebildet, und wie in der späteren Zeit durch die Unabhängigkeit der Rechtsanwendung von dem Buchstaben der **lex**, sowie durch den Umstand, daß die kaiserlichen Beamten ihre Ansicht nur mit einer kaiserlichen Bestätigung sichern durften — ein gewissermaßen neues System entstand. Es wurde namentlich unterschieden

1) die Tödtung, die **occidendi animo** verübt wurde, und bei welcher die **lex cornelia** eingriff. Jedoch versteht sich, daß, wenn auch die Tödtung nicht erfolgte, aber eine Handlung **occidendi animo** wirklich vorgenommen wurde, die Strafe der **lex** fortan begründet war [1]).

2) Die Tödtung **in rixa**, wo die **lex** nicht Anwendung hatte, aber nach Unterschied der von jedem gegebenen **ictus** und ob der Schläger ein **honestior** oder **humilior** war, eine Leibes- oder Geldstrafe ausgesprochen wurde [2]).

3) Die Tödtung, die unfreiwillig (casu) geschieht, und wo die **lascivia** und **luxuria** von den übrigen Fällen unterschieden wird. Jene soll nämlich ebenfalls öffentlich gestraft werden, diese Fälle aber bleiben straflos [3]).

Dazu kömmt noch, daß auch die Tödtung der Sklaven nun in die öffentliche Untersuchung fiel, und umgekehrt die Entschädigung bei der Tödtung eines Freien nach Analogie der **lex Aquilia** schon in Betracht kommen mochte [4]).

Am Wichtigsten aber ist der Standpunkt der allgemeinen Untersuchung der Handlung nach ihrem inneren Grunde, die so

---

[1]) Blume pag. 8.

[2]) L. 1. §. 5. D. 48. 8. l. 17. D. cod.

[3]) L. 7. 4. §. 1. D. cod.

[4]) L. 13. pr. D. 9. 2.

weit ging, daß, weil eben die Bestrafung darnach frei gegeben war, man auch bei dem **animus occidendi** das **propositum** und den **impetus** unterschied [1]).

Man sieht hier recht deutlich, wie die freie Praxis die Wissenschaft erregt, und umgekehrt diese die freieren Grundsätze für die Praxis auffindet und feststellt. Merkwürdig ist auch die Verbindung, welche dadurch die Lehre von den **atrocioribus injuriis** oder von den Körperverletzungen mit der Lehre von den Tödtungen erhielt, wie man wieder am besten aus der Zusammenstellung in der **lex Dei** sieht.

In dieser Lehre bemerkt man auch am klarsten den historischen Gang des römischen Strafsystems. Das **homicidium**, soferne es vor der **lex Cornelia** bestraft wurde, zog entweder die Todesstrafe nach sich, oder der Angeklagte exilirte sich — oder er wurde von den Tributkomitien in eine Vermögensstrafe verurtheilt — die **lex Cornelia** aber führte die **aquae et ignis interdictio** ein, wodurch die freiwillige Exilirung zu einer nothwendigen, die Todesstrafe aber insoweit abgeschafft wurde; unter Julius Cäsar kam auch noch die **bonorum amissio** dazu [2]). In der Folge wurde an die Stelle der **aquae et ignis interdictio** die **deportatio** gesezt, und die Sache oft so dargestellt, als wenn diese Strafe schon in der **lex Cornelia** begründet gewesen wäre [3]). Unter den späteren Kaisern wurde die Todesstrafe wieder hergestellt, und für die weniger schweren Fälle nach dem **arbitrium** der Richter — namentlich für die kulposen Fälle — wurden auch geringe Strafen, z. B. Relegation, angenommen.

III. Von den Beziehungen des kanonischen Rechts auf das römische.

§. 71.

Schon der römische Senat [4]) und Konstitutionen einzelner Kaiser hatten die **lex Cornelia** auf gefährliche Körperverletzungen

---

[1]) Dasjenige, was gegen die Realität dieses Unterschiedes in der neuesten Zeit von Köstlin vorgebracht ist, beweist nur soviel, daß der animi impetus als ein dolus angesehen worden ist, wofür ohnehin fast die allgemeine Meinung steht.

[2]) **Sueton. Jul. 42.**

[3]) **L. 3. §. 5. D. 48. 8.**

[4]) **L. 13. D. h. t.**

ausgedehnt, namentlich Hadrian auf die Kastration [1]). Die römischen Vorstellungen bleiben aber immer auf das somatische Verhältniß gerichtet; das kanonische Recht dagegen faßte in seinem Geiste das höhere oder Seelenleben auf, natürlich in Rücksicht auf die christlichen Vorstellungen von der Bedeutung einer Seele für das ewige Leben. Die Verhinderung der Eweckung einer christlichen Seele war ihm schon Todschlag [2]). Daher im Sinne des kanonischen Rechts Kinderabtreibung und Unfruchtbarmachung nicht als lebensgefährliche Handlungen in Beziehung auf die Mütter und Spadonen, sondern vielmehr als Delikte gegen den zerstörten geistigen Lebenskeim angesehen wurden [3]). Im Uebrigen veredelte eben dadurch das kanonische Recht die Ansichten von der Behandlung der Menschen, z. B. in Hinsicht auf Kinderaussetzung, obgleich sichtbar die äußere Ansicht des römischen Rechts den Kanonisten noch imponirte [4]), und es kömmt auch daher, daß selbst, wenn Jemand wegen einer Tödtung entschuldigt werden kann, eine geistige Buße, d. i. Reue über die That, bleiben soll. Damit hängt wieder zusammen, daß nicht bloß von der **luxuria** und **lascivia** im kanonischen Rechte die Rede ist, sondern von jeder Handlung, welche den Tod eines Andern veranlaßt hat, und nur, wo die Unabwendbarkeit und Nothwendigkeit der Handlung vorlag, wie z. B. bei der Nothwehr, sah man die That als vollkommen justificirt an [5]). Es entstand schon ein Unterschied zwischen den verschiedenen Graden der **culpa** bis zum reinen **casus**. Nicht weniger verfolgte das kanonische Recht auf Seite des Thäters das Prinzip der rein geistigen oder moralischen Imputation, nicht nur in dem Satze: **qui potuit hominem liberare a morte et non liberavit, eum occidit** [6]); während das römische Recht, nur in dem speziellen Falle der verletzten Pietät die sogenannte negative Theilnahme strafbar

---

[1]) L. 4. §. 2. l. 11. D. wegen der Abtreibung l. 8. cod.

[2]) Cap. 5. X. 5. 12.

[3]) Vivicatus partus c. 20. X. 5. 12.

[4]) Cap. un. 5. 11.

[5]) Arg. cap. 10. X. 5. 12. Auch wenn Jemand in einer res licita durch einen Zufall tödtete cap. 23 eod. res licita war in jenen Zeiten der Gewalt ein wichtiges Verhältniß.

[6]) C. 6. X. h. t.

gefunden hatte [1]). Endlich ist es das kanonische Recht, welches in Hinsicht auf die positive Theilnahme die Schuld der Einzelnen würdigte [2]). Dieß sind Momente genug, daß bei wiedererwachter Wissenschaftlichkeit in der Lehre von der Tödtung ein langer und wichtiger Streit über Prinzipien eröffnet werden konnte.

B. Germanisches Recht.

§. 72.

Der erste Schritt des Uebergangs vom Familienstand in eine umfassendere und höher potenzirte Verbindung geschah bei den Germanen durch die **capitis aestimatio**, wornach jeder Mensch in Beziehung auf Stand, Geschlecht und Alter seine Taxe erhält, welche Taxe bedeutend war auch für andere Rechtsverhältnisse und nicht bloß auf den Todschlag, sondern auch auf Verstümmlungen, z. B. als halbes Wehrgeld ausgedehnt wurde [3]). Nicht unwahrscheinlich ist es, daß der Gebrauch, wornach Niemand in einen andern Stand selbst bei Todesstrafe heirathen solle, mit der **capitis aestimatio** zusammenhing, und der erste Anfang einer Art von Strafe in dem **fredus** ist ein getreues Anschließen an die Komposition. Die Geistlichen wurden ehrenvoll in die neue bürgerliche Ordnung eingeführt durch eine höhere Taxe, und das ganze alte Ständerecht beruht, wie erst wieder v. Savigny gezeigt hat [4]), auf der Untersuchung der **aestimatio capitis.**

Dabei wurde dann in Hinsicht auf die Tödtung, die des **dux** ausgenommen, welche als Verrath am Heere (Volke) galt, nicht untersucht, ob Absicht oder Zufall die Ursache war, und zuerst die Burgunder, welche außer den Gothen vielfach die Eindrücke römischer Politur zeigen, nahmen an, daß für die absichtliche Tödtung das Wehrgeld nicht, sondern allgemein die Todesstrafe ohne Unterschied der Stände stattfinden solle [5]).

Auch die Einwohner der eroberten römischen Provinzen wurden

---

[1]) L. 2. D. 48. 9.
[2]) C. 6. cit.
[3]) Grimm II. S. 651.
[4]) Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neuern Europa. Berlin 1836.
[5]) v. Savigny S. 14.

nach Ständen taxirt, weil, wenn der Thäter ein Germane war, darnach die aestimatio eingefordert werden konnte [1]).

Das fränkische Recht, welches in den späteren Umbildungen detaillirter wurde, unterschied auch die Todesart zum Zwecke der aestimatio, und besonders wurde die Wassertaufe hoch angesehen [2]), ferner wurde bei den Weibern vorzüglich darauf geachtet, ob das getödtete Weib schon Kinder haben konnte oder nicht [3]), endlich hatte nach diesem Recht auch der infans in ventre matris suae oder bevor er getauft war (antequam nomen habeat [4]) seine aestimatio, und die Frau schon deßhalb eine besondere aestimatio, weil sie schwanger war [5]).

Es genügt diese Andeutung des Geistes des altgermanischen Rechts, denn eine Nachweisung der Nüancen in den verschiedenen Volksgesetzen, so leicht sie möglich ist, würde von dem Zwecke dieses Werkes abführen.

Der von Karl dem Großen eingerichtete Staat erhob sich keineswegs in diesen Dingen zu umändernden Neuerungen, sondern das Kompositionensystem blieb anerkannt, wie man z. B. aus den großen Kompositionen zum Schutze der Geistlichen sieht [6]), nur kam dazu der bannus, und der Königsfriede erstreckte sich besonders über Wittwen und Waisen [7]); auch ging man offenbaren Raubmördern mit der hohen Polizei zu Leibe, welche ohne Weiteres die Todesstrafe anwendete. Endlich verfügte man wohl auch gegen Todschläger eine Art von exilium [8]), wenn der Todschlag auf keine Weise zu rechtfertigen war, und so wurde eine Ordnung der Dinge vorbereitet, die leider, durch den unglücklichen Lauf der Verhältnisse, Jahrhunderte lang nicht vollendet werden konnte.

---

[1]) L. Sal. emend. tit. 43. §. 6. 7. 8. Romanus conviva Regis (I. Stand) Romanus possessor (II. Stand) Romanus tributarius (III. Stand).

[2]) L. Sal. emend. tit. 43. §. 2. 5.

[3]) Tit. 26. §. 7. 8. 9.

[4]) L. c. §. 5.

[5]) L. c. §. 4.

[6]) Ansegisus III. 25. Pertz 304.

[7]) Ansegisus IV. 15. Pertz pag. 313.

[8]) Ansegisus IV. 19. Pertz pag. 314.

§. 73.

Der Endpunkt der rein germanischen Rechtsentwickelung verdient hier nur noch dargestellt zu werden, und deßhalb werfen wir einen Blick auf den Sachsenspiegel. Es hat sich nämlich nach einer Masse übereinstimmender Zeugnisse [1]) in den Zeiten, welche dieser Rechtssammlung vorausgingen, ein doppelter Unterschied bei den Tödtungen, die nicht erlaubt und nicht zu entschuldigen waren, gebildet. Mord und Todschlag. So unterschied man heimliche und offene Tödtung. Die alten Gesetze hatten aber den Begriff der Heimlichkeit nicht sowohl in den Anfall, als in das Verbergen des Leichnams gelegt, z. B. durch das Stürzen in das Wasser, in eine Kluft [2]). In dieser Beziehung mußte eine planmäßige Vorbereitung und oft Theilnahme in Rath und That stattfinden, was Alles schon in den alten Gesetzen wohl erwogen war. Aber merkwürdiger und weniger von den Gelehrten bemerkt ist es, daß dieser Unterschied, sowie er hier bestimmt wurde, noch ganz die alten Zeiten voraussezt, wo die Angriffe eines Familiengenossen auf den Genossen einer andern Familie als Verbrechen aufgestellt waren, denn die Angriffe dieser Art im Innern der Familie selbst hießen Verrath. Ja jede Tödtung ohne Unterschied der Heimlichkeit und Offenheit im Innern der Familie oder wo sonst ein besonderes Band der Treue da war, hieß verrätherischer Mord, und so ist es zu erklären, daß das Wort Mord bis auf unsere Zeit eigentlich eine doppelte Bedeutung und Richtung hat [3]).

Zunächst unanwendbar erschien das System der Kompositionen in Beziehung auf Unfreie, die Mord und Todschlag begingen, schon deßhalb, weil sie der Buße an sich unwürdig erschienen, aber auch weil sie zu zahlen unvermögend waren, und ihre Herren für sie nicht eintraten [4]), auch ist kein Zweifel, daß man in solchen Zeiten der Barbarei mit dergleichen Leuten von Seite

---

[1]) Siehe z. B. Grimm II. 625.

[2]) Grimm a. a. O. und die angeführten Stellen aus dem salischen bair. alemann. Gesetze.

[3]) Der gelehrte Grimm, der die Zeiten nicht genau unterscheidet, ist auf diesen Punkt nicht aufmerksam geworden.

[4]) Grimm S. 739.

der Herren, die eine Art von disciplinarischer Gerichtsbarkeit über sie ausübten, hart und grausam umging, woher dann auch die fürchterlichen Todes- und Leibesstrafen herkamen.

Bei den Freien galt es in Verbrechen dieser Art fast immer der Wahl, ob er Buße zahlen oder Strafe leiden wolle, und in lezterer Hinsicht lag es im eigentlichen Volksrechte — ihm sein Landrecht zu nehmen, und bei den Städten, ihn aus der Stadtfreiheit zu verweisen. Aber Wiederholung des Verbrechens nöthigte allmälig auch hier zu Anwendung von Lebens- und Leibesstrafen, zumal die Grundsätze der Talion selbst durch die biblischen Bücher gerechtfertigt wurden.

Ganz besonders wichtig ist die Lehre von den erlaubten Tödtungen, und dieß sind diejenigen, wo nicht einmal gebüßt wurde [1]). Dieß war bei der Tödtung des geächteten vogelfreien Verbrechers der Fall, und daher war wieder ein Grund, statt der Aechtung unmittelbar die Todesstrafe anzuwenden.

Als aber das eigentliche Strafsystem mit dem Kompositionensystem konkurrirte, so kam es dahin, daß man in gewissen Fällen das erstere für unanwendbar hielt, wo die Handlung doch für unerlaubt galt, und daher die Komposition bezahlt werden mußte. Diese Fälle nannte man die Fälle der entschuldbaren Tödtung.

Auf das germanische Recht hatte das kanonische nicht unmittelbar Einfluß, denn das kanonische schloß sich überall an das feinere römische Recht an; aber die Kirche wirkte hier von ihrem unabhängigen Standpunkte, d. h. durch ihr eigenes **forum poenitentiale**, und dehnte dieses auch auf die entschuldbaren und erlaubten Handlungen oft aus, soweit die Rohheit der Handlungsweise es erforderte, und nahm sich besonders der Mißhandlungen der Unfreien durch die Freien an.

Endlich bildete sich unverkennbar in den Städten durch deren Schöffenrechte der Prozeß und die Bestrafung bei den Tödtungen besonders aus, wie schon in der allgemeinen Geschichte

---

[1]) Die lex frisionum hat einen eigenen Titel de hominibus, qui sine compositione occidi possunt. Hieher gehörte bei den Friesen auch das neugeborne Kind in Beziehung auf die Mutter, wenn sie im Augenblicke der Geburt unvorsichtig oder besinnungslos es tödtete; wobei man wohl die eben erwähnten Umstände präsumirte. Grimm S. 742.

vorgekommen ist. Die wichtigsten Punkte des Sachsenspiegels sind noch folgende:

1) Vor Allem ist zu beachten, daß der Sachsenspiegel zwar, wie oft schon angeführt worden, nicht als ein allgemeines deutsches Rechtsbuch gelten darf, aber in sich eine Quelle gemeiner Ansichten enthält. Mit Recht ist vielfach und besonders von Gaupp bemerkt worden, daß schon die alten leges in Familien nach ihrer inneren Zusammensicht der Rechte der Volksstämme zu bringen, und darnach eine richtigere Urgeschichte des deutschen Rechts zu bilden ist; aber mit noch mehr Recht und Bedeutung ist vorzüglich von Archivsmännern uns geäußert, daß der Sachsenspiegel immer nur eine partikuläre Richtung hatte, und ihm gegenüber das Kaiserrecht und selbst der Schwabenspiegel eine viel allgemeinere Richtung darbot, schon weil hier die Grundsätze des römischen Civil- und des kanonischen Rechts aufgenommen waren; aber für den Historiker, welcher eben den Gegensatz des germanischen zu den andern Elementen sucht, hat ebendeßhalb der Sachsenspiegel jene volle Bedeutung als Ausgang der rein germanischen Rechtsbildung, die wir ihm hier besonders in einer Lehre geben, welche mit der Organisation des fränkischen und späteren deutschen Reichs nicht zusammenhing (wir meinen unsere Lehre vom Ungericht im engern Sinne).

2) Die Geschichte des Sachsenrechts geht von der **lex Saxonum** aus, welche in ihrem I. und II. Titel **de vulneribus** und **de homicidiis** handelt, und hier die reine Theorie des Wehrgelds aufstellt, und auch den Unterschied von Todschlag und Mord darnach nicht anschlägt. Todschlag wird mit einfachem Mord mit neunfachem Wehrgeld gebüßt [1]). Zunächst greifen ein die Anordnungen durch die fränkische Herrschaft, die aber das System des Strafrechts nicht veränderten, und man kann überhaupt einen bestimmten Zeitraum nicht angeben, wo das Privatbußenrecht durch die öffentlichen Strafen zurückgedrängt worden ist. Der Zusammenhang des Sachsenspiegels mit den alten Rechten tritt hervor theils darin, daß das Wehrgeld noch als Privatsatisfaktion fortbesteht und man im Leben oft damit zufrieden war, theils, daß das Wehrgeld sogar seine alte Bedeutung noch hat, wo die Schuld nicht

[1]) Ausgabe von Gaupp pag. 95, 96; einfacher Mord bedeutet nicht verrätherischer Mord. Siehe Seite 200. Nr. 5.

nach den neueren ethischen Grundsätzen untersucht wird, z. B. bei der Tödtung aus Nothwehr, Unachtsamkeit, durch ein Kind, durch Thiere [1]) u. s. w. In dieser Beziehung besteht denn auch noch der Unterschied der Stände mit einiger Veränderung. Im Uebrigen

3) aber ist es jezt Regel: Alle Mordere — sel man rade=brechen. Der den Man slet oder velt oder roubet u. s. w., den sel man die houbete abslan [2]). Es ist ist dieß die Hervorbildung aus dem Systeme der Verrätherei und des Landfriedensbruches. So sind die Mörder, Mordbrenner und Verräther im Art. 13 des zweiten Buches ausdrücklich zusammengestellt, und wenn dabei von der Beraubung der Kirchen und Kirchhöfe die Rede ist, so weis't dieß wieder auf die alte **lex Saxonum** zurück; dagegen sind ebenso die Todschläger und der sonst Friede bricht in dem darauf folgenden Satze verbunden, und von dem Friederechte in der Anwendung auf Sachsen ist noch insbesondere im 66. Artikel die Rede.

4) Die Vergiftung steht im Sachsenspiegel nicht unter den Morden — dieser Punkt und andere Punkte, namentlich, daß Nichts vom Kindermord, vom Kinderabtreiben und von der Entmannung vorkömmt, sind gute Zeugnisse für die immer gelobte deutsche Sittlichkeit. Man sieht an den Deutschen, daß neben Rohheit recht gut die Schaam und Redlichkeit besteht. Die Vergiftung haben die Deutschen in Italien kennen gelernt, und sie ist mit den fremden Rechten, namentlich aus dem kanonischen in den Sachsenspiegel als eine Handlung gegangen, die ein Bündniß mit dem bösen Feind voraussezt [3]); der Kindermord kömmt nur in der Glosse [4]) in Beziehung auf das fremde Recht vor; die **procuratio abortus** war gewiß selten, vielleicht auch nicht, wenn sie vorkam, als ein Verbrechen angeschlagen, bis das kanonische Recht den Angriff auf eine Seele da fand, wo ein

---

[1]) Daher auch im Sachsenrechte die intrikate Frage des römischen Rechts, ob im konkreten Falle Zurechnung stattfinde, gar nicht vorkommen kann. Sachsenspiegel II. 38. 65.

[2]) Sachsenspiegel II. 12.

[3]) Art. 13. a. E. des zweiten Buches schon durch die Verbindung mit den andern Delikten.

[4]) Gärtners Ausgabe S. 200.

selbstständiger Körper nach dem weltlichen Recht nicht angenommen werden konnte [1]). Das Entmannen muß im germanischen Rechte als Verletzung eines Glieds angesehen werden.

5) Der Sachsenspiegel tritt durchaus noch als Reflex der in der karolingischen Zeit aufgegangenen jezt untergehenden Sonne hervor, denn selbst wenn die Tödtung des Herrn als Felonie und Verrath ihre volle Ausbildung nach dem jezt vollendeten Lehenrechtssystem hatte, so war dieß nicht neu, indem schon in der **lex Saxonum** die Tödtung des **dominus** besonders hervorgehoben war und die fränkische Lehre von der Treue auch in Sachsen bekannt wurde.

6) Die Lehre von dem Verhältnisse der erlaubten und entschuldbaren Tödtungen ist im Sachsenspiegel ohne Beimischung der Grundsätze aus fremden Rechten vorgetragen.

7) Sehr wichtig ist einestheils, daß die Glosse ganz besonders durch ihre Hinweisung auf die fremden Rechte den Geist der einheimischen erkennen läßt, und noch wichtiger, daß die Longobarden von den sächsischen und ächt deutschen Rechten so viel nach Italien brachten, daß die italienische Schule in der Zusammenstellung des römischen und deutschen Rechts einen neuen Bildungsstoff vorfand.

C. Verbindung des römischen und deutschen Rechts in Italien und in Deutschland.

§. 74.

I. Wenn auch die spezielle Untersuchung des italienischen Statutarrechts sicherlich bedeutende Resultate für die Geschichte des Kriminalrechts liefert, so handelt es sich doch hier nicht sowohl um diese, als um die Verarbeitung des Rechts zu einem gemeinen Rechte. Hiernach aber ist zu bemerken:

A. Die italienischen Statuten enthielten sehr viel über Angriffe auf Leib, Gut und Ehre; und die in die italienischen Städte gezogenen Deutschen brachten überall ihr angestammtes Recht an. So bezeugen Schriftsteller über das gemeine Recht, wie z. B. Aretinus, daß noch die Blutrache in manchen Statuten

---

[1]) Embrio est portio viscerum.

erlaubt, jedenfalls Verwundungen und Tödtung mit Kompositionen belegt, und soferne die Verwandten des Getödteten sich zufrieden gestellt, die leibliche Bestrafung des Todschlägers nicht stattgefunden habe. Hiemit hing dann auch der wichtige Satz zusammen: **Statuta per Italiam ponunt factum, non animum, unde, nisi quis interficiat, licet fuisset animus occidendi, non tamen tenebitur de sicariis.** — Allein die Schriftsteller nahmen wohl solche Sätze als **generalis consuetudo** mit der Wirkung auf, daß dadurch das römische Recht abgeändert wurde, dagegen das alte germanische System der Komposition und was damit zusammenhängt, wurde von ihnen bloß als partikularrechtlich dargestellt.

B. Unverkennbar nämlich schöpfen sie das gemeine Recht aus dem **Corpus juris civilis et canonici.** Nicht nur die Glossatoren haben möglichst wenige Abänderungen zugelassen, sondern auch die praktischen Schriftsteller, wie besonders Gandinus beschäftigen sich damit, die Grundsätze des römischen und kanonischen Rechts nebeneinander aufzustellen und zu einem neuen Ganzen heranzubilden. So wird dann in der Lehre von dem **homicidium** die kriminelle Strafbarkeit ganz allgemein aus dem römischen Rechte deducirt, sofort aber die Lehre vom **casus**, von der **culpa**, von der Theilnahme nach kanonischen Rechten behandelt.

C. Zu des Clarus Zeit war der Hinblick auf die Statuten, das Verständniß des germanischen Alterthums ganz erloschen, und um so gewichtiger wurde das geschriebene gemeine Recht. Man findet wohl noch Spuren der alten Gewohnheit, z. B. in dem Satze **proditor est, qui offendit alium sine diffidatione** — in dem Unterschiede des **homicidium qualificatum et simplex** u. s. w., allein abgesehen von dem jezt sehr veränderten Gerichtsgebrauche, führte man so viel möglich Alles in das römische Recht zurück [1]).

II. In Deutschland hat sich daher das germanische Element besser erhalten und zwar hauptsächlich durch die Bestrebung Schwarzenbergs. Das System über Tödtungen ist heute noch dasselbe, wie es in der Karolina niedergelegt ist; hiernach wird unterschieden:

a) der Mord, und zwar in seiner doppelten Richtung der

---

[1]) Man sehe besonders des Clarus Ausführung bei dem **parricidium.**

Prämeditation und Heimlichkeit auf der einen Seite und der Verrätherei auf der andern;

b) der Todschlag, als unerlaubte und nicht gänzlich entschuldbare, aber doch ohne Vorbedacht, d. i. Prämeditation, vorgenommene nicht unabsichtliche Tödtung;

c) die Tödtung ohne Absicht, aber nicht ohne alle Schuld;

d) die Tödtung in Raufhändeln;

e) als besondere Richtungen des Verbrechens treten hervor:

α. die Vergiftung, weil der Mord nur die höchste Seite dieses eigenthümlichen Verbrechens ist,

β. der Verwandtenmord,

γ. der Kindermord;

f) an das leztere Delikt schließen sich an:

α. die Kinderaussetzung,

β. die Kinderabtreibung,

γ. die Unfruchtbarmachung.

Hiernach wollen wir nun die einzelnen Arten dieser Verbrechensgattung dogmengeschichtlich verfolgen.

D. Von den allgemeinen Grundsätzen.

§. 75.

Die Perfektion eines Rechtssystems zeigt sich in gewissen Betrachtungen, aus welchen die einzelnen Rechtssätze als in einem sicheren Zusammenhange stehend hervortreten. In dieser Richtung ist weniger die historische Entwickelung als vielmehr die Einsicht von dem Ineinandergreifen der Begriffe, was die Römer Interpretation nennen, dasjenige was als die Grundlage der rechten Beurtheilung des Einzelnen gelten kann. So geschieht es dann, daß viele Juristen ohne historische Kenntniß einen hellen Blick in das System des Rechts thun, wie Viele Meister der Sprache sind, ohne die Etymologie und den historischen Theil der Grammatik im Geringsten zu verstehen.

Nur muß man sich hüten, in eine eigenmächtige Konstruktion auszuarten, und dasjenige, was von einer Gattung der Verbrechen gilt, auf andere Gattungen zu übertragen. Die Lehre von der Tödtung ist hier oft mißbraucht, und Grundsätze vom Thatbestande und der Vollendung der Tödtung, von der Bestrafung

der culpa und der Theilnahme, welche nicht einmal auf Verwundungen angewendet werden können, sind in den allgemeinen Theil des Strafrechts als Grundsätze für alle Verbrechen versezt worden. Den rechten Weg wird man gehen, wenn man schon in dem sogenannten allgemeinen Theile auf die verschiedenen Gattungen der Verbrechen aufmerksam macht, und den sichersten, wenn man die allgemeinen Betrachtungen immer nur für die Gattungen der Verbrechen selbst aufstellt.

§. 76.

Der Thatbestand der Tödtung im Allgemeinen geht

I. dem Objekte nach auf alle Menschen. Alle Rücksichten aus der aestimatio sind weggefallen, ferner Geburten, die aus der Mutter Leibe getreten, aber nicht lebensfähig sind, erscheinen als Objekt des Verbrechens, und der Umstand, daß sie nicht lebensfähig sind, kann nur als causa mitigationis gelten. Der noch nicht aus der Mutter Leibe getretene embrio aber ist, soferne eine unerlaubte Handlung an ihm vorgenommen wird, nach dem geistigen Wesen im Sinne des kanonischen Rechts, soferne aber eine nach den Regeln der Kunst gerechtfertigte Handlung geschieht (Perforation), nach dem somatischen Verhältnisse, wornach der embrio, wie das römische Recht klar ausspricht, nur eine portio ventris ist, zu beurtheilen. Da die Tödtung in Beziehung auf alle Menschen jezt gleiche Wirkung hat, so kann der Irrthum in Ansehung der Person des Getödteten keine Folgen haben, welches besonders bei der Vergiftung wichtig ist.

II. Die Handlung ist Lebensberaubung. An einem Todten kann nicht einmal ein Versuch der Tödtung begangen werden [1]), dagegen ist derjenige der Tödtung schuldig, welcher

---

[1]) Dieser Punkt ist freilich bestritten Wächter §. 162. Note 21. allein, wenn auch der Versuch der Tödtung ein eigenes Verbrechen ist, dessen Wesen in der Absicht, und darin besteht, daß dieselbe sich geäußert habe, so muß, so gewiß das Mittel ein zum Erfolge führendes seyn muß, so gewiß auch überhaupt der Erfolg möglich seyn. Es kömmt dieß am Ende Alles daraus, daß im deutschen Rechte bei den Angriffen auf Leib und Gut das Prinzip der Läsion, auf welches die Römer bei dem homicidium und bei den Injurien nicht sahen, wohl aber bei dem furtum und damnum datum vorherrschend ist..

eine das Leben entziehende Handlung an Jemanden vornimmt, den er für todt hält, wenn nicht ignorantia facti Entschuldigung begründet. Jedenfalls aber kann die Bestrafung nur wegen culpa geschehen. Im Uebrigen ist die Gefährdung des Lebens noch nicht genug, und der Geist der lex Cornelia ist hier gänzlich beseitigt; wenn also der Tod nicht erfolgt ist, so ist ein ganz anderes Verbrechen begründet, nämlich Versuch der Tödtung. Daher haben schon die italienischen Juristen die Untersuchung der Verwundung durch einen Arzt für nöthig gehalten, um zu konstatiren, ob aus der Handlung auch wirklich der Tod abzuleiten sey; dabei hat dann theils die Bestrebung der Aerzte, die abstrakten Grundsätze mit dem konkreten Falle zu verbinden, theils die Bestrebung der Juristen, in concreto Billigkeit und Milde vorwalten zu lassen, auf Unterscheidungen geführt, unter welchen gar leicht der Mörder dem Schwerte entrissen werden konnte. Es gehören hieher die bekannten Begriffe von absoluter und relativer Lethalität, von der Lethalität per se, und per accidens, von der Lethalität in abstracto und in concreto u. s. w.; es gehören ferner hieher die Ausdrücke der Juristen, daß die Verletzung die einzige und alleinige — oder die lezte Ursache des Todes seyn müsse. Alle diese Unterscheidungen der medizinischen und juristischen Gelehrten sind nunmehr verworfen, und die Frage soll jezt immer in concreto aufgeworfen und gelöst werden.

III. Die Zurechnung hat bei diesem Verbrechen ein sehr weites Feld, denn vorerst sind die Fälle hervorzuheben, wo die Tödtung erlaubt oder doch wenigstens entschuldbar ist — sofort ist die höchst feine Unterscheidung der verschiedenen Art der Schuld in Betracht zu ziehen. Es kam auch hier überall darauf an, das römische und deutsche Recht zu verbinden.

A. Erlaubt ist nach R. R. die Tödtung der hostes und transfugae, eines monstri, in der Nothwehr [1]). Entschuldigt wird die Tödtung des Ehebrechers vom Manne und Vater der Ehefrau wegen der gerechten ira, ferner jede Tödtung, die nicht wenigstens aus calor, lascivia oder luxuria kömmt.

B. Erlaubt ist nach deutschem Rechte die Tödtung, d. h.

---

[1]) Darauf zurückgeführt war die Tödtung des nächtlichen Diebs, und hieher gehört wohl auch die Tödtung des Entführers l. un. Cod. 9. 13.

so daß ein Wehrgeld nicht verlangt werden kann, bei Ausübung des Fehderechts [1]) oder zum Schutze des Hausrechts — ferner der in der Acht Befindlichen und Heeresflüchtigen, und in der Nothwehr, welche Lehre aber mit dem Fehderecht sehr genau zusammenhing. Entschuldigt [2]) ist die Tödtung durch ein Kind, durch einen Geisteskranken, und sonst ohne besondere ethische Schuld.

C. Offenbar kam das römische Recht hier zur Herrschaft, denn das Fehde- und Hausrecht, die Acht sind ohne Bedeutung für unsere Zeit und nur das Kriegs- und Nothwehrrecht gibt noch Erlaubniß zur Tödtung [3]). Wo gar keine Zurechnung stattfindet, wie bei einem Kinde, oder Geisteskranken, sowie bei einem Thiere ist nicht einmal die Pflicht zum Schadenersatze begründet [4]); dagegen wird der **calor** bei der Attrapirung des Ehebrechers zu Gunsten des Mannes und Vaters noch immer entschuldigt, im Uebrigen aber im Geiste des kanonischen Rechts jede **culpa** in Anschlag gebracht, obgleich die Karolina und die Schriftsteller dabei sehr Vieles in das **arbitrium judicis** stellen, wovon weiter unten.

E. Von den besondern Grundsätzen der einzelnen Tödtungen.

Vom Mord.

§. 77.

Die altgermanische Bedeutung von Mord wurde durch Beziehung auf das römische Recht verändert. Der Mord nach germanischem Recht liegt entweder in der Heimlichkeit, die schon

---

[1]) Um hievon eine rechte Vorstellung zu erhalten, muß man gutgeschriebene Spezialgeschichten lesen, z. B. Müller's Schweizergeschichte.

[2]) D. h. von der Strafe, nicht vom Wehrgeld.

[3]) Ueber das Recht, ein monstrum zu tödten, ist mehr Sprache in den Kompendien, als in der Praxis. So ganz Unrecht hatte Quistorp nicht, wenn er die Hermaphroditen nach altrömischen Ansichten zu den monstris rechnete. Abegg Untersuchungen S. 213.

[4]) Auch hier ist in Deutschland nur manchmal Mißverstand aus alten deutschen Gewohnheiten entstanden.

daraus erkannt wurde, daß man den cadaver wegschaffte (Meuchelmord), oder in dem verrätherischen Angriffe auf solche, denen man Treue schuldig ist (verrätherischer Mord). Bei dem Mord der leztern Art kommt in der Regel das Meuchlerische dazu. Aber schon in der Glosse zum Sachsenspiegel wurde auf das römische Recht hingewiesen und Mord der Fall genannt, „wenn einer einen aus vorgenommenem Willen ohne einige redliche ursach tödtet“ l. 1. P. ad leg. Corn. de sic. [1]). Freilich dachte man dabei vorzüglich an Lohn und Raub: „Etliche ermorden die leute um geldes oder gutes willen, und mit wohlbedachtem muthe, diese sind rechte mörder.“ [2]) Daher kam es denn auch, daß manche Schriftsteller des fünfzehnten und sechszehnten Jahrhunderts unter Mord das assassinium und latrocinium verstanden, und daß noch heutzutage Mörder im Französischen assassin heißt; allein die Karolina folgt dem allgemeinen Begriffe und wurde Veranlassung, daß Carpzow bei seinem Unterschiede in homicidium simplex et qualificatum das leztere auf alle Arten prämeditirter Tödtung ausdehnt. Demohngeachtet konnte er nicht umhin, das assassinium und latrocinium noch speziell zu behandeln [3]), wie dieß auch bis in die neueste Zeit fortgeschah, was dann aber sicherlich eine Inkonsequenz ist. Das Praktische an der Kontroverse ist freilich weggefallen, denn bis in die neueste Zeit stritt man sich darum, ob alle Mörder mit dem Rade zu bestrafen seyen, oder nur die Lohn- und Raubmörder und die verrätherischen Mörder. Am merkwürdigsten aber ist, daß der Angriff auf diejenigen, welchen man Ehrfurcht und Treue schuldig ist, und welcher im deutschen Rechte unter dem Standpunkte der Verrätherei stand, welcher Standpunkt in der Karolina auch vollkommen aufrecht erhalten war, dadurch verloren ging, daß man im römischen Rechte keine Stütze dafür fand. Nur so nebenbei spricht Carpzow von den homicidium proditorium [4]), und als man bei dem römischen parricidium den patronus fand, so wurde man dadurch vollkommen bestimmt, das

---

[1]) Glosse zu II. 40.
[2]) Glosse zu II. 13.
[3]) Pars 1. qu. 7. 19. 22.
[4]) I. qu. 7. §. 21.

alte Verhältniß aufzugeben. Allein dieß war nicht ohne Folgen: — während nach germanischen Grundsätzen gewiß jede Tödtung desjenigen, dem man Treue schuldig war, also auch die Tödtung in der Hitze des Affekts zum Mord gerechnet wurde, weil hier Fehde und Privatsatisfaktion nicht erlaubt waren, so fiel man nach mißverstandenen römischen Ansichten darauf, daß auch zum parricidium eine Prämeditation gehörte (die Römer aber verlangten überhaupt nicht zum homicidium Prämeditation). Schon Carpzow hat den Fehler begangen, es verdient aber genau ausgeführt zu werden, daß der Begriff „Todschlag“ auf das Verhältniß gar nicht anzuwenden ist, wo zugleich solche Beziehungen der Natur und der bürgerlichen Pflichten verlezt werden. Der Sprache nämlich ist es schon gemäß, Mord dasjenige zu nennen, was unter keinem Verhältnisse zu entschuldigen ist [1]), es fehlte denn überall die Möglichkeit der Zurechnung. Also hat man die bekannte That des Herzogs Johann an seinem königlichen Herrn und Onkel, obgleich im Wahne des Rechts der Selbsthülfe und der höchsten Gereiztheit unternommen, immerhin als einen unentschuldbaren Mord angesehen, aber auch schon auf ihn und seine Gehülfen die Idee von parricidium angewendet [2]).

Nachdem einmal mit Carpzow das Verhältniß der Verrätherei verrückt war, so blieb es verkannt bis auf Martin. Daher von Carpzow an das System über Mord folgendes war:

a) im Allgemeinen homicidium praemeditatum;
b) besonders gravirend Lohn- und Raubmord;
c) spezielle Arten: parricidium, infanticidium, veneficium.

Vom Todschlag.

a) Im Allgemeinen.

§. 78.

Vor der Karolina, die schon an die feinern Begriffe des römischen Rechts gewöhnt war, bedeutete Todtschlag jede

---

[1]) Ebendeßhalb konnte sich bei solchen Tödtungen der Todschläger durch Abfindung nicht frei machen.

[2]) Müller Schweizergeschichte II. Bd. S. 10 (Leipziger Ausgabe).

unerlaubte Tödtung, also auch die, wobei man mit der Bezahlung des Wehrgeldes davon kam und folglich von der eigentlichen Strafe entschuldigt wurde. Jedoch hatte man den Gegensatz zum Mord, und nannte also Todschlag jede unerlaubte, wenn auch von der Strafe entschuldigte Tödtung, die nicht Mord war. Dabei war der Natur der Sache nach vorausgesezt, daß eine unmittelbare Einwirkung des Tödtenden stattgefunden habe, denn dieß liegt schon in dem „zu tod schlagen“ in der streng aktiven Richtung des Worts, während die Tödtung von ungeschichts durch einen Ziegel, oder durch ein Thier, wenn auch ein Mensch dabei nicht ohne Schuld wäre, eine mehr passive Richtung „des todgeschlagen werden“ ausdrückt, was man daher im Deutschen auch zu den kasuellen Tödtungen rechnete, die freilich nicht frei von der Bezahlung des Wehrgeldes waren, und wobei man wohl weiß, daß die feinen ethischen Begriffe der Zurechnung nicht immer gekannt und wenigstens in abstrakten Darstellungen, wie etwa im Sachsenspiegel, nicht gehörig aufgestellt waren.

Wenn wir nun aber den Todschlag in jenem Sinne nehmen, so wurde vor der Karolina nicht sehr unterschieden zwischen dem **dolus** im Gegensatze zur **lascivia** und **luxuria**, nicht sehr zwischen dem bestimmten **dolus occidendi** und dem unbestimmten, der aus dem wilden Dareinschlagen folgt, und wobei man in den Zeiten der Barbarei, in welchen „die deutschen Schläge“ Sprüchwort waren, wenigstens intellektuell den Ausgang abmaß, nicht zwischen dem reinen **dolus** und, wie Feuerbach und nach ihm noch Wächter [1]) sagt, der **culpa dolo determinata**, sondern der unerlaubte absichtliche Angriff auf den Leib eines Andern mit tödtlichem Erfolg war Todschlag. Ob Einer den Angriff vornahm, oder Mehrere den Getödteten überfielen, wurde auch nicht angeschlagen. Nun aber fand Schwarzenberg das römische Recht und seine Ausleger vor, und ohne klar dasselbe aufzufassen, machte er nur allgemeine Umrisse in seiner Darstellung. Vorerst sieht man im Art. 174 der Bambergensis, welcher der Art. 148 der Karolina ist, daß das Mordkomplott dem Todschlag in einem Raufhandel entgegengesezt ist. In diesem Sinne sind dann hier

---

[1]) Archiv XIV. Bd. 1. Stück, deshalb von Abegg mit Recht angegriffen Archiv 1836. 2. Stück.

die Worte unfürsetzlich, ungeschichts on genugsam ursach aufzufassen, und Wächter a. a. O. geht offenbar zu weit, wenn er aus diesen Worten etwas den Worten an sich Entsprechendes ableiten will. Die deutsche Sprache war damals nicht so ausgebildet, daß man die Worte gegeneinander abgemessen hätte, andererseits aber hatte man damals immer nur grobe Gegensätze, und deutete mehr durch Licht und Schatten an, als daß man strebte, den Gedanken in farbenreiche Worte auszumalen. Also spricht Schwarzenberg von dem Raufhandel und will, daß die eigentliche Ursache des Todes vor Allem aufgesucht, außerdem aber alle Diejenigen, welche tödtliche Wunden beigebracht haben, als Todschläger behandelt werden. Hier ist nun zweierlei zu bemerken:

1) Auf die Gesinnung läßt sich Schwarzenberg eigentlich gar nicht ein, er hätte hier wohl den römischen **impetus**, als etwas, was in der Hitze des Kampfes nothwendig erzeugt wird, ferner bei jedem einzelnen Theilnehmer dasjenige, wozu dieser resolvirt war, endlich dasjenige Verhältniß unterscheiden können, wo Niemand an einen tödtlichen Erfolg dachte. Allein er arbeitete nicht so fein. Die Schuld des Todschlags im Raufhandel war ihm gleich, ohne daß die Gesinnung der Einzelnen zu erforschen war, und dieß hängt offenbar mit den früheren germanischen Ansichten zusammen. Indessen mußte es im Interesse der Wissenschaft kommen, daß man allmälig die rechte Untersuchung des **animus** der Einzelnen hineintrug, und so war es nach unserer Meinung ganz richtig geschehen, daß man zulezt, um das Verbrechen des Todschlags mit der Kapitalstrafe zu begründen, voraussezte, daß die Raufer auf das Aeußerste gefaßt waren, oder nach der Art ihrer Handlungsweise darauf gefaßt seyn mußten, wobei es eine bekannte Sache ist, daß **dolus** in Beziehung auf einen gewissen Erfolg angenommen werden kann, wenn auch das bestimmte, spezielle und verlässige Bewußtseyn des Eintritts desselben nicht vorhanden war. Daher nannten ja die Römer den **impetus** eine **perturbatio mentis** — eine **effervescens animi commotio, cupiditas** [1]), und sagten, daß eine reine

---

[1]) Facciolati.

cogitatio hier nicht vorhanden sey [1]). Daher war ihnen der Angriff, impetus corporalis, immer zugleich ein Zustand der Erregtheit (impetus animi). Eben wegen der Unbestimmtheit des Bewußtseyns kann man dann auch nicht recht auf die Gedankenrichtungen der Einzelnen eingehen, und die Vorstellungen der Neueren von dolus indeterminatus oder von der culpa dolo determinata sind mehr Gradationen als qualitative Unterschiede.

2) Daß nun aber Schwarzenberg, wenn die speziell tödtliche Wunde nicht aufzufinden ist, alle, welche lethale Verletzungen gaben, für Todschläger hält, darauf mag er durch die römische Ansicht von dem Ersatze der Läsion gebracht worden seyn (l. 11. ad leg. aqu.), wenn auch an sich diese Ansicht den deutschen Rechtsgewohnheiten in Beziehung auf das Wehrgeld konform ist.

Alle Verwirrung in der Lehre vom Todschlag bis in die neueste Zeit, d. h. bis auf die Abhandlungen von Jarcke, Birnbaum, Wächter und Abegg und zwar nicht bloß von Carpzow, sondern von den älteren italienischen Juristen her leitet sich daraus ab, daß man den dolus im Kriminalrechte, wie im Civilrechte generalisiren wollte, und ihn etwa als voluntas nocendi bezeichnete, wo dann mehr auf das Wort voluntas fiel, was doch zu positiv aufgefaßt die verschiedenen Nüancen der bösen Absicht nicht charakterisirt, während der Beisatz „nocendi“ recht verstanden nur auf gewisse Arten von Läsionen berechnet von den deutschen philosophirenden Juristen oft zugleich als materielle und intellektuelle Läsion aufgefaßt und daher in dem Sinne von „injuriandi“ gedeutet worden ist. Auf solche Art war dolus die auf Unrechtthun gerichtete Willensbestimmung, welcher Begriff an sich nichts sagend überall erst durch die Art des Unrechtthuns und durch die nähere Richtung des zur Schuld führenden Willens gleichsam zu beleben ist. Bei dem allgemeinen, materiellen damnum injuria datum wird der außerordentlich große Unterschied der bestimmten Absicht und der Unvorsichtigkeit gar nicht erwogen; bei dem homicidium wird die Strafbarkeit auf den animus

---

[1]) Impetu magis quodam animi uti quam cogitatione Cicero de off. 1. c. 15, ferner eod. in fine. Repertino quasi vento, impetu animi incitatus, sodann Cicero fam. 10. ep. 5.

occidendi und auf lascivia und luxuria bezogen, und bei der rixa die Gesinnung eines jeden Einzelnen erwogen, dabei jedoch schon nach dem allgemeinen Gedanken, daß auch lascivia und luxuria strafbar ist, auf den animus occidendi nicht ausschließend gerechnet, sondern ein offenbarer Exzeß der Leidenschaft, des Affektes, der Rohheit ebenfalls bestraft u. s. w. Hieraus geht nun hervor, daß die imputable Schuld bei dem homicidium nach römischem Recht entweder in dem bestimmten Plane der Tödtung, oder in der unbestimmten Absicht der lebensgefährlichen Handlung, die wohl in jedem gewaltigen in der Heftigkeit des Affekts vorgenommenen Angriffe sich äußert, ja sogar in Excessen der Rohheit und des Uebermuthes, die einen solchen Erfolg selbst ohne Bedacht hervorbringen, besteht. Als nun durch das kanonische Recht die imputable Schuld bei der Tödtung durch die Herbeiziehung der Fälle der Unvorsichtigkeit selbst in actu licito erweitert wurde, entstand der bei den italienischen Kriminalisten vorkommende und in das deutsche Leben übergegangene Unterschied in Todschlag und kulpose Tödtung. Lange Zeit erkannte man diese Verhältnisse weder von der historischen noch von der psychologischen Seite, und so geschah es, daß Carpzow höchst dunkel seine an sich nicht unrichtigen Unterschiede aufstellt:

a) homicidium ex proposito et praevia animi deliberatione commissum [1]);

b) homicidium in rixa, ex calore iracundiae perpetratum [2]);

c) homicidium culposum.

Auf die Carpzow'sche Lehre hat man rein fortgebaut, und zwar den Fall ad a) Mord, den Fall ad b) Todschlag, den Fall ad c) kulpose Tödtung genannt. Einzelne haben der Unvollkommenheit nachgeholfen, und Feuerbach hängt im Ganzen noch an der alten Ansicht [3]).

---

[1]) Hier unterscheidet er wieder das qualificatum und simplex, das leztere simplex dolosum nennend, aber nicht genau beschreibend, wohl aber außer dem Lohn- und Raubmord, Gift- und Verwandtenmord — Mord und dolose andere Tödtung zusammenwerfend, und in gewissen Fällen Strafschärfung aussprechend qu. 24.

[2]) Er denkt sich den impetus nur in rixa möglich.

[3]) Wenn in der neuesten Zeit drei Schriften das Unrichtige der Feuerbach'schen Ansicht nachgewiesen haben (v. Wächter im

Richtiger ist die Sache so aufzustellen:

I. Abgesehen vom Morde äußert sich der Todschlag bei einer lebensgefährlichen Handlung, die den Tod zur Folge hat, auch in der unbestimmten Absicht in der Hitze des Affekts und des Streits.

II. Insbesondere tritt dieß bei Raufhändeln hervor, wo auch selbst bei dem Mangel aller Absicht zu tödten der Exceß der Rohheit und des Uebermuthes gestraft werden muß, jedoch ist dabei wohl in concreto zu unterscheiden, wie hoch die Zurechnung zu machen, wovon weiter unten.

III. Im Uebrigen werden nunmehr auch Handlungen der Unvorsichtigkeit, aus welchen der Tod eines Andern erfolgt ist, gestraft.

§. 79.

b) Vom Todschlag *in animi impetu.*

Es ist schwer, oft hier die Grenzen zu denjenigen Tödtungen zu finden, die man als aus **culpa** zurechenbar darstellt. Da man nämlich gewohnt ist, von einer **culpa lata** im Gegensatze der **levis** zu sprechen, und unter der ersten ein dem **dolus** ganz nahe kommendes Verhältniß zu verstehen (**culpa dolo proxima**); so geschah es, daß man den **dolus** von seiner unbestimmten Seite immer mehr beschränkt, und jede zweideutige Richtung der Gesinnung zur **culpa lata** gezogen hat. Aber schon die Römer

---

Archiv a. a. O. Jarcke in Hitzigs Zeitschrift Heft VII. S. 129 ff. und im III. Band seines Handbuchs und Birnbaum im Archiv XIII. XIV. Band) (eine gute Relation aller drei Schriften bei Köstlin über Mord und Todschlag) — so ist an dem positiven Theile ihrer Darstellung doch das auszusetzen, daß sie das Schwankende und Unsichere in der Darstellung der Karolina selbst nicht gehörig anerkennen, sondern diese bald aus dem germanischen, bald aus dem römischem Rechte zu einem festen Systeme interpretiren wollen, welches unmöglich ist, wogegen das System der späteren Zeit in den Schriften Carpzows und Anderer erst entstanden ist; daher ist nur soviel richtig, daß die Karolina theils aus den vom römischen und kanonischen Rechte genommenen Ansichten der damaligen Bücher, theils aus den Ansichten des Volks wie überall schöpfte, aber eine Zurückführung derselben auf das rein römische oder rein germanische System unmöglich wird.

haben die lascivia und luxuria bei der Tödtung deßhalb bestraft, weil sie einsahen, daß bei lebensgefährlichen Handlungen die böse Absicht nicht gerade bestimmt und klar auf den Tod gerichtet zu seyn brauche, indem in der leichtsinnigen Vornahme einer lebensgefährlichen Handlung hinreichende verbrecherische Gesinnung zu finden sey. Und auf der andern Seite ist eine solche Handlung der Gesinnung nach oft noch schlimmer, als der tödliche Ausgang eines im höchsten Affekte gethanen Messerstiches. Leichtsinn ist nämlich in solchen Dingen selbst schändlicher, wie der zum Tode führende Exceß des Augenblicks bei einem sonst wohldenkenden Individuum. Der Leichtsinnige ist auch mehr Herr seiner That, als der im Zustande großer Erregtheit Handelnde. Der Leichtsinnige verdient keine Entschuldigung, der im höchsten Affekte Handelnde muß unter Umständen im Allgemeinen entschuldigt werden, weil man hier an der Zurechnungsfähigkeit zweifeln kann, und in einigen Fällen wird er durch besondere gesetzliche Begünstigung entschuldigt, so, daß eine genaue Untersuchung des Zustandes der Zurechnung gar nicht erfordert wird. Hieher gehört besonders die Tödtung des Ehebrechers durch den Ehemann und durch den Vater der Ehefrau, und vielleicht kann man auch die Tödtung eines Unschuldigen in der Hitze der Verfolgung von Seite der öffentlichen Diener hieher rechnen, wenn die Tödtung des Schuldigen erlaubt gewesen wäre. Daher ist immerhin Nichts wichtiger, als der unter allen Völkern vorkommende Unterschied der erlaubten Tödtung, der entschuldeten Tödtung, und der unerlaubten nicht entschuldeten Tödtung, wobei aber noch die Qualität des Verbrechens nach Prämeditation und Gähheit in Betracht kommt, an welcher lezter sich dann unmittelbar der unabsichtliche Leichtsinn anschließt, von welchem aber sehr verschieden ist die erst durch das kanonische Recht und den christlichen Sinn hervorgehobene Strafbarkeit der Tödtung durch Unfleiß und Vernachläßigung der allgemeinen und besondern Pflichten. So ist also jede Art der Tödtung nur gehörig zu begreifen im Ueberblicke der ganzen Kette, und wohl zu beachten, daß das Mittelglied — der Todschlag im eigentlichen Sinne — zunächst durch animi impetus sich charakterisirt, aber ganz nahe an der Tödtung durch lascivia und luxuria steht. Nur ist schließlich noch zu bemerken, daß der animi impetus, wie schon Andere, namentlich Birnbaum angegeben haben,

nicht bloß im Affekt, sondern auch durch animalische Rohheit, und namentlich in der Trunkenheit sich äußert, obgleich in concreto hier überall sehr subtile Unterschiede hervortreten.

§. 80.

c) Von der bloß kulposen Tödtung.

Die Lehre von der Tödtung ist in der neuern Zeit dadurch verdorben worden, daß man die bloß künstlich konstruirten allgemeinen Begriffe von dolus und culpa, die man in concreto, d. h. in der Natur, zuerst bei der Tödtung gefunden hatte, sofort aber hinauf generalisirt hatte, jezt wieder zurück spezialisirte. Wir erkennen den Mißgriff am leichtesten, wenn wir das französische und englische Recht dazu halten. So unterscheidet das erstere homicide volontaire und involontaire: unter dem erstern wird begriffen premedité [1]), simple und excusable, d. h. eigentlicher Mord, Todschlag und die Tödtung, die wegen mildernder Umstände zum Vergehen herabsinkt [2]). Parricide, infanticide und empoisonnement werden besonders behandelt. Vom meurtre excusable ist unterschieden legitime meurtre, wenn das Gesetz die Tödtung erlaubt. Ganz ähnlich ist die englische Ansicht von justifiable, excusable homicide, manslaughter und murder. Nur wird unter dem justifiable auch die kasuelle Tödtung, unter dem excusable auch die Tödtung aus bloßer einfacher culpa verstanden, so daß dann hier der französische und deutsche Hauptgegensatz vom freiwilligen und unfreiwilligen wegfällt. Was nun aber in diesem Gegensatze die unfreiwillige Tödtung betrifft, so haben die Deutschen und Franzosen den einfachen Unterschied des homicide involontaire par negligence ou imprudence und par

---

[1]) Auch assassinat genannt, weil meurtre jeden Todschlag begreift, d. h. hier jede absichtliche Tödtung.

[2]) Durch das Verhältniß des meurtre simple et excusable ist ganz richtig die Beziehung der Tödtungen ausgedrückt, wo die Absicht bestimmter und weniger bestimmt hervortrat, und zwar in der lezztern Hinsicht wegen einzelner Umstände, die dem Verbrecher zur Entschuldigung gereichen. Dadurch ist sowohl eine strenge Begrenzung des dolus und der culpa lata unnöthig gemacht, als auch die Natur des Todschlags nach den beiden Hauptrichtungen der Fälle, die weniger und die mehr Entschuldigung haben — die einzig praktische Seite der Sache aufgefaßt.

accident. Hieraus aber geht hervor, daß die kulpose Tödtung im engern Sinne als Gegensatz zur nicht unabsichtlichen und zur nicht kasuellen Tödtung hervortritt. In der ersten Hinsicht gehören viele Fälle der **luxuria, lascivia, culpa dolo determinata** nicht hieher, sondern in die Lehre vom Todschlag, vielleicht unter milderuden Umständen, in der andern Hinsicht charakterisirt sich die kulpose Tödtung durch Unvorsichtigkeit und Vernachläßigung gewisser Pflichten, ohne daß man den Tod des Andern will, daher ist auf der einen Seite Schuld, auf der andern etwas Unfreiwilliges. Man hätte deshalb von jeher die Klassifikation der **culpa** in zwei oder drei sehr bestimmt hervorgehobenen Gradationen vermeiden, und dadurch verhüten sollen, daß man manche Fälle des wirklichen nicht unabsichtlichen Todschlags zur Tödtung aus grober **culpa** gestellt, andererseits aber auch die kulposen strafbaren Tödtungen zu weit ausgedehnt hat. In dieser leztern Bedeutung ist namentlich wichtig, daß es das kanonische Recht in seiner rein ethischen Beziehung zwar sehr strenge nimmt, der äußere politische Richter aber im Geiste der Karolina in Hinsicht des strafbaren Endpunktes lediglich auf sein **arbitrium** hingewiesen ist, denn der Kaiser sagt: hier, wo so sehr subtile Unterschiede vorkommen, hätten lediglich die **Doctores**, d. i. die Wissenschaft **in concreto** zu entscheiden. Dafür lassen sich auch abstrakte Regeln und Grenzen gar nicht aufstellen. Das Resultat dieser Ausführung ist:

a) Das römische Recht kennt die eigentliche kulpose Tödtung als Verbrechen nicht, denn die **luxuria** und **lascivia** geht schon weiter;

b) alle christlichen Völker der neuern Zeit haben das Prinzip aus dem kanonischen Recht aufgenommen;

c) die Karolina, die es ebenfalls adoptirt, indem sie die alte Lehre vom Wehrgeld unterdrückt, verweist in der Anwendung des Prinzips lediglich in das **arbitrium judicis.**

Die Darstellungen der deutschen Schriftsteller, die noch keinen allgemeinen Theil hatten, von Carpzow an [1]), sind hier befriedigender, als die der späteren: obgleich sehr schwankend; manchmal hat auch auf sie die gar nicht hieher gehörende Lehre

---

[1]) Qu. 27.

von der culpa in der lex Aquilia Einfluß. Die Klassifikation der culpa hat hierin ihren falschen Stützpunkt. Im Uebrigen ist zur Einsicht des Zusammenhangs des Systems der strafbaren Tödtungen noch Folgendes beizufügen:

Von jeher hat man an der Hand des kanonischen Rechts vorzüglich die Fälle unterschieden, wo Jemand in facto licito etwas Lebensgefährliches thut oder dafür haften muß, und die Fälle, wo zwar ein in abstracto verbotener *actus* der Gewalt statt hat, aber eine Entschuldbarkeit und zwar eine gänzliche oder theilweise eintritt. In der ersten Hinsicht gehören der Unfleiß und die Unkunst des Arztes, das Halten eines Thieres welches Jemanden tödtet, und mehr noch die Fälle des Art. 146 hieher; in der andern Hinsicht steht die Lehre von der Nothwehr, wobei, wenn nicht volle Entschuldigung statt hat, die Zurechnung wenigstens zur culpa wird gemacht werden können.

§. 81.

d) Von der Tödtung in Raufhändeln.

Die Tödtung, wenn nur zwei sich raufen, durch den Einen bietet nichts Eigenthümliches dar, sie ist bald als Todschlag, bald als kulpose Tödtung zu strafen, nämlich als jene, wenn sie keine andere Art von Entschuldigung hat, als die Unbestimmtheit der Absicht, als diese, wenn ein nicht zur bestimmten Absicht steigender Exceß in der Nothwehr oder ein solcher Exceß bei einem sonst erlaubten Angriff eintritt.

Desto wichtiger ist der Raufhandel von Mehrern, bei dessen Beurtheilung eigene Rücksichten zu nehmen sind. Allerdings ist es eine charakteristische Erscheinung dieses Falles, daß er den strengsten Gegensatz zum Komplott bildet, etwa in eben dem Verhältnisse wie zwischen Todschlag und Mord, denn die Komplotteur sind sich des Resultats ihrer Zusammenwirkung bewußt und handeln daher im Vorbedacht ihres Komplotts; die Raufer sind sich des Erfolges ihrer Zusammenwirkung nicht bewußt, aber sie entäußern eine böse Absicht, wobei der Eine wohl auch auf die vis coactis hominibus, wie die Römer sagen, Rücksicht nehmen muß. Wenn daher die Römer die Ansicht aufgestellt haben: in rixa ictus unius cujusque contemplandus est, so haben sie das subjektive Prinzip offenbar zu sehr begünstigt, und richtiger ist gewiß die

Ansicht der Karolina, daß jeder Raufer, welcher eine lethale Wunde wirklich beigebracht hat, auch wenn das Verhältniß dieser Wunde als wirkliche Ursache des Todes wegen der Konkurrenz anderer solcher Wunden nicht auszumitteln ist, als Todschläger zu bestrafen sey. Nach dem römischen Prinzip und mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit des objektiven Thatbestandes im deutschen Rechte könnte man soweit natürlich nicht kommen. Die Karolina verfährt prinzipfest, wo sie, wenn die wahrhaft tödtliche Wunde, und deren Thäter aufzufinden ist, lediglich diesen als Todschläger bestraft.

§. 82.

e) Von der Vergiftung.

Die verschiedenen Vorstellungen über die Natur dieses Verbrechens sind sehr wichtig wegen der daraus hervorgegangenen juristischen Grundsätze. Im römischen Rechte fand man in der **lex Cornelia** ein eigenes Kapitel über die **venefici**, wobei natürlich vorausgesezt wurde, daß dieselben **animum occidendi** haben, und wobei es auf den Erfolg nicht ankam. Im alten deutschen Rechte kamen die Giftmischer als Leute vor, die mit bösen Mächten in Verbindung stehen, und namentlich im Sachsenspiegel heißt es: „welcher Christenman oder Weib ungleübig ist, oder mit Zauberey umgeht, oder mit Vergifftniß — den soll man brennen.“ Hiebei sieht man, daß die gewöhnlichen Grundsätze von der Tödtung im deutschen Rechte keineswegs hieher angewendet werden können, und daß am wenigsten die Eintheilung in Tödtung durch Gift, und in Verletzung durch Gift, wie sie die neuesten Schriftsteller nach der Analogie der gewaltsamen Tödtung und Verwundung gemacht haben, z. B. Feuerbach, gerechtfertigt werden kann. Wenn nun auch in der Karolina, in dem Kapitel von den bösen Tödtungen, von der Vergiftung, gesprochen wird, so hat dieß wohl Veranlassung gegeben, daß die Gelehrten die Vergiftung wieder, wie die Römer, aus dem natürlichen Verhältnisse des gefährdeten Lebens betrachteten, aber weiter ist daraus nichts abzuleiten. Die ganze Lehre ist nach unsrer Meinung richtig beurtheilt, wenn man

A. vorausseżt, daß von der Vergiftung im eigentlichen Sinne nur die Rede seyn kann, sofern das Gift in lebensgefährlicher

Tendenz gegeben ist. In der That läßt sich vom Giftmischer nicht sagen, daß er, wenn er auch lieber ein Leiden des Vergifteten als seinen Tod will, nicht in lebensgefährlicher Absicht gehandelt habe, denn der Erfolg ist nicht in seiner Gewalt; wenn sofort

B. ebendeßhalb die Vollendung des Verbrechens nicht erst mit dem Tode des Vergifteten, sondern schon mit dem der Gesundheit wirklich nachtheiligen Erfolge angenommen wird, wornach der Giftmord als die im Erfolge schlimmste Seite des Verbrechens der Vergiftung erscheint, wobei dann aber

C. der Versuch der Vergiftung nicht darin gesezt werden darf, daß der Vergiftete nicht gestorben sey, als vielmehr darin, daß er bleibenden Nachtheil an seiner Gesundheit nicht erlitten habe.

Will man indessen einen andern Standpunkt nehmen, und die prämeditirte Tödtung durch Gift denjenigen Fällen gegenüberstellen, wo diese Prämeditation nicht stattfand, so muß man doch

1) zugestehen, daß bei demjenigen, welcher wohlbewußt Gift gegeben hat, immer anzunehmen seyn wird, daß die Tödtung des Vergifteten prämeditirt war, so daß

2) die Unbestimmtheit seiner Absicht oder die bestimmte Absicht nur zu beschädigen, nicht zu tödten, von dem Angeschuldigten wird erwiesen werden müssen. Ebendeßhalb aber wird man die Sache auch so stellen können, daß die Absicht mehr in den Hintergrund tritt, nämlich daß, wenn

A. der Tod erfolgt ist, auf den Giftmord die Anschuldigung geht;

B. wenn der Tod nicht erfolgt ist, auf Versuch des Giftmords, oder

C. auf Vergiftung, soferne man nicht bestimmt auf das **propositum occidendi** sich einlassen will.

Nimmt man dann an, daß die Fälle **ad B** und **C** an sich in der Strafe nach dem Erfolge, d. i. der größeren und geringeren Gefahr für das Leben, und der Art der Gesundheitsbeschädigung zu beurtheilen sind, so ist das praktische Resultat dasselbe, ob man diese oder jene theoretische Darstellung wählen will.

Gewiß aber ist unter allen Verhältnissen:

1) Daß von dem Verbrechen der Vergiftung nicht die Rede seyn kann, wenn die Substanz in einer andern als lebensgefährlichen

Absicht gegeben ist, wie z. B. bei dem philtrum oder bei einem Abortivmittel, obgleich die Römer die Sache als eine res mali exempli gestraft haben [1]). Am wenigsten kann man von einer kulposen Vergiftung als besonderes Delikt sprechen, sondern es treten lediglich die allgemeinen Grundsätze der kulposen Tödtung ein, und der Umstand, daß Gift gebraucht wurde, ist ganz indifferent;

2) daß, wenn Gift gegeben worden, aber gar kein schädlicher Erfolg eingetreten ist, niemals von der Vergiftung selbst, sondern nur von einem Versuche der Vergiftung geredet werden kann, wobei dann besonders wichtig ist, herauszustellen, auf welche Weise die Gefahr und der Schaden abgewendet worden, damit man sieht, daß wirkliches Gift gegeben ist, woraus dann

3) folgt, daß der Begriff von Gift relativ ist, obgleich hier die Grundsätze der Naturwissenschaft, freilich in der Richtung auf den besondern Fall dargestellt, allein durchgreifend und entscheidend sind.

§. 83.

f) Vom verrätherischen Mord mit Einschluß des Verwandtenmords.

Hier ist der Standpunkt des germanischen Rechts der des niedern oder Privatverraths (petit treason), welcher im englischen Rechte erst durch das Statut Georgs IV. vom Jahre 1831 über die Konsolidation der Verbrechen gegen die Person aufgehoben worden ist [2]). Unsere Karolina erwähnt die Sache als Mord „an hohen trefflichen Personen und des Thäters eigenem Herrn". Ueber die Auslegung dieser Worte ist Streit, allein da im Mittelalter das ganze deutsche Reich in Haupt und Gliedern durch Feudalpflicht gebunden war, und einzelne Glieder sogar als ein Theil des kaiserlichen Hauptes galten, so mögen die andern Glieder als hohe treffliche Personen anzusehen seyn; ob man aber an die fürstlichen geheimen Räthe und Kanzler, die Vorfahren der jetzigen Minister gedacht, und die l. 5. Cod. ad leg. jul. maj. im

---

[1]) L. 38. §. 5. D. 48. 19 und die alte Kontroverse darüber mit Dogmengeschichte bei Carpzow qu. 21.

[2]) Summary of the criminal law by *H. J. Stephen* im Anhang p. 429.

Auge gehabt hat, ist sehr zweifelhaft. Unter „des Thäters eigenem Herrn“ ist der Lehen=, Grund=, Leib=, Dienst= und Brodherr zu verstehen. Noch heutzutage muß ein Mord am Herrn hervorgehoben werden, da, wie wir im Laufe der Darstellung dieses Buches mehrmals gezeigt haben, auch der Affekt hier die That nicht zum einfachen Todschlag macht, desgleichen am besten auch wieder aus der englischen Lehre von manshlauter zu ersehen ist.

Am meisten mißverstanden und verunstaltet ist aber die römische Lehre vom parricidium. Nach deutschem Rechte war die Tödtung eines Ehegatten an dem andern, der Kinder und verwandtschaftlichen Hausgenossen am Vater und Hausherrn ein verrätherischer Mord. Im alten römischen und alten deutschen Rechte war das umgekehrte Verhältniß, nämlich wo Vater oder Mutter das Kind tödtete, nicht gleich, und am wenigsten mochte man auf ein neugebornes Kind achten. Aber schon die lex Pompeja de parricidiis hatte den Mord der parentes, wo die poena culei stattfand, von dem Mord anderer Verwandten nicht sehr unterschieden, dabei erklärt, wie weit der Verwandtenmord überhaupt gehe, doch das Mißverständniß des römischen und germanischen Rechts hat unseren Carpzow sogar dahin gebracht, folgendes unnatürliche und unwahre System zu bilden:

A. Tödtung der parentes, eigentliches parricidium [1]).

B. Tödtung der liberi, welche Carpzow ungeschickt genug infanticidium nennt, was ganz etwas anders bedeutet;

C. Tödtung der Ehegatten; namentlich der Frau, uxoricidium;

D. Tödtung der nächsten Seitenverwandten fratricidium, womit Nichts erschöpft und Alles verwirrt ist.

Man muß offenbar auf eine geschicktere Art römisches Recht und einheimische Gewohnheiten im Sinne der Karolina verbinden. Hiernach

1) ist nicht zu bezweifeln, daß das römische Recht die Grundlage bildet, welches den Mord an Vater und Mutter und an den Großeltern von den andern Tödtungen der Verwandten etwas unterscheidet. Dieß geschieht freilich nur wegen der alten poena culei, aber schon die Natur bestätigt die Richtigkeit der Ansicht, daß Eltermord härter sey, als der Mord der Kinder und der

---

[1]) Auch von einem eigenen matricidium spricht Carpzow.

Geschwister. Bei entfernteren Seitenverwandten nähert sich die Sache der gewöhnlichen Lehre von der Tödtung noch mehr. Im Einzelnen ist nun anzuführen:

a) gemäß der lex Pompeja soll der Verwandtenmord nach dem kornelischen Gesetze behandelt werden, d. h. es soll nicht das alte Perduellionsjudicium, sondern der Prozeß vor dem Gerichte und nach der Ordnung der lex Cornelia eingeleitet werden [1]); doch soll bei der Tödtung der Eltern in Hinsicht auf die Strafe die mos majorum beibehalten seyn [2]). Hieraus folgt

b) daß bei jedem andern Mord von Verwandten die gewöhnlichen Grundsätze von der Tödtung eintreten, nicht weniger bei den Affinen, den Eheleuten und Verlobten. Wenn es heißt [3]); **novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur**, so will dadurch ausgedrückt werden, einerseits, daß hier überall das alte Perduellionsjudicium wegfalle, anderntheils, daß das Gesetz selbst nur die Fälle wörtlich habe aufführen wollen, die den gewöhnlichen Umfang naher Verwandtschaft und Verbindung anzeigen. Wenn nun also hier nicht aus dem Gradualverhältnisse argumentirt werden dürfe (**non etiam eos pariter complecti qui pari proprioreve gradu sunt**); so zeige der Geist des Gesetzes, wie die Sache zu verstehen. Eben deßhalb hätte man auch niemals nöthig gehabt, Untersuchungen über den Gradualumfang des **parricidii** nach seinem sogenannten objektiven Thatbestande anzustellen, und alle Darstellungen der Neueren in dieser Beziehung sind geradezu verfehlt.

c) Von der Tödtung der Kinder durch ihre Eltern kam in der **l. pompeja** gar nichts vor; allein zur Zeit dieser **lex** hatte der Vater noch die **majestas patria** [4]), und der Exceß wurde allmälig **extra ordinem** bestraft; in Beziehung auf die Mutter und auf die Großeltern, bei welchen von der **patria potestas** nicht die Rede seyn konnte, traten **ex interpretatione** die gewöhnlichen Grundsätze von der Tödtung ein [5]). Hiernach

2) muß der Elternmord als eine qualificirte Art der Tödtung

---

[1]) So ist die Stelle l. 1. pr. D. 48. 9 zu verstehen.
[2]) L. 9. D. eod.
[3]) L. 3. D. eod.
[4]) Siehe das Reskript von Hadrian l. 5. D. eod.
[5]) L. 1. i. f. D. h. t.

fortan angesehen werden, um so mehr, als die Karolina im Allgemeinen von der Ermordung naher Verwandter als eine die Strafe erschwerende That ausdrücklich spricht, und das römische Hülfsrecht vollkommen passend eingreift. Ebenso

3) die Tödtung der Kinder ohne Unterschied zwischen Vater und Mutter erscheint jezt als eine die Strafe erschwerende That, nur ist eine wichtige Frage die, ob, wenn es an der Prämeditation fehlt, hier nicht der Begriff von Mord ausgeschlossen wird, was dann nicht minder bei Geschwistern, Tanten, Onkeln u. s. w. zu beurtheilen seyn wird. Wir sind der Ansicht, daß nicht nur beim Elternmorde, sondern in allen Fällen, wo das innigere Verhältniß der Familien und verwandtschaftlichen Verbindung die Personen umschlingt, die Tödtung den Charakter einer verrätherischen That annimmt, welche von selbst den Begriff von Mord darstellt; allein einerseits wird man immerhin die gewöhnlichen Milderungsgründe auch hier in Betracht nehmen müssen, wie Zorn und andere Gereiztheit, Jugend, sondern soferne nur von einer weiteren Vetterschaft die Rede und eine besondere Haus- und andere Verbindung nicht vorhanden ist, wird man stets auf die gemeinen Grundsätze von Todschlag zurückgehen können. Von praktischer Bedeutung ist die Sache insoferne, als bei der Annahme des Mords die Todesstrafe noch heutzutage ohne Weiteres als gerechtfertigt erscheint, während man bei dem Todschlag davon absieht. Es kömmt auch noch Anderes in Betracht, z. B. die Unverjährbarkeit eines eigentlichen Verwandtenmords [1]), die strengere Bestrafung der Theilnahme, auch der negativen, weil sogar das römische Recht einsieht, daß hier die natürliche Pflicht der Treue soweit verlezt werde, daß eine öffentliche Strafe eintreten müsse [2]). Der **error facti** kann hier vom **parricidium** entschuldigend in besondern Betracht kommen, wie schon Carpzow gezeigt hat.

4) Die Tödtung der Eheleute ist noch in der Karolina als **petit treason** dargestellt, und daher ist hier immer auch bei der Tödtung in der Hitze das Daseyn des Mords anzunehmen; auf die Verlobten aber kann dieß nicht ausgedehnt werden, weil die

---

[1]) L. ult. D. h. t.
[2]) L. 6. D. eod.

Extensivinterpretation des römischen Rechts einen ganz andern Zweck hat.

§. 84.

g) Vom Kindermord.

Nicht leicht ist eine Lehre sowohl von dem historischen als von dem praktischen Standpunkte aus mehr mißverstanden worden. Das römische Recht berührt den eigentlichen Fall, die Tödtung eines unehelichen neugebornen Kindes durch die Mutter, nicht, sondern man muß annehmen, er sey nach der **lex Cornelia** beurtheilt worden. Im Mittelalter zweifelte man nicht daran, daß diese Tödtung ein Mord sey, zumal in der That die Handlung nicht leicht ohne Prämeditation geschieht, und überhaupt ein verrätherisches Verhältniß in der Mitte liegt. Aber es mochte kommen, daß die Handlung oft nicht gestraft wurde, und gewiß ist, daß sie selten seyn mußte, weil die alten deutschen Rechtsbücher Nichts davon enthalten. In diesem Sinne, wo römisches und deutsches Recht feste Bestimmungen nicht hatten, war es wohlthätig, daß die Karolina die Sache im strengen Geiste ihrer Zeit hervorhob, und keineswegs die Absicht an den Tag legt, die Handlung an sich mildernd anzusehen, da sie nur eine Art von politischer Humanität in der Strafzufügung im Allgemeinen laut werden läßt. Daß man in der neueren Zeit „den Schmerz der verlornen Geschlechts-Ehre“ oder die Erregtheit durch die Geburtswehen in die Natur dieses Verbrechens aufgenommen hat, hat weder positiven noch einen allgemeinen richtigen Grund. Ebenso war es gefehlt — hier den Ausdruck, Todschlag, anwenden zu wollen, weil **animi impetus** vorliege, denn einmal wird hier etwas fingirt, und auf der andern Seite ist der Ausdruck „Kindermord“ geflissentlich zur technischen Bedeutung geworden, wie von uns an einem andern Orte ausgeführt ist.

Die Lehre vom Kindermord hat erst von der Zeit besondere Bedeutung gewonnen, wo man die Todesstrafe zu beschränken und nur auf den eigentlichen Mord zu beziehen anfing. Hier sah man, daß der Kindermord wohl eine abscheuliche That sey, aber daß sie nur der Schluß ist bei einem Drama, in welchem die weibliche Natur in einem abnormen Zustand ist. Die ganze Zeit der Schwangerschaft verläuft in der Erregtheit,

wie die Natur im Gewitter, und so leicht ein klein Stück Eisen den Blitz auf sich zieht, so leicht ist der Entschluß zu etwas Außerordentlichem bei einem schwangern Weib. Aber angenommen auch, daß entschiedene Dirnen im kalt überlegten Sinne ihr Kind verderben, so ist es hier im Gefühl materialistischer Rohheit, wornach sie Niemanden zu beeinträchtigen glauben, und Rechte für das Kind noch nicht für begründet achten. Und noch von vielen andern Seiten läßt sich die Eigenthümlichkeit dieser That behandeln und es läßt sich darthun, daß sie nur ausnahmsweise als eigentlicher Mord, d. h. als schwer verantwortliche Tödtung wird angesehen werden können. Nimmt man aber im Geiste dieser jezt in die Jurisprudenz übergetretenen Ansichten die mildere Richtung des Kindermords an, so muß dessen Thatbestand sehr sorgfältig hervorgehoben werden:

1) Das getödtete Kind muß ein uneheliches seyn. Wenn eine Ehefrau ihr uneheliches Kind tödtet, gehört ihr Verbrechen auch hieher.

2) Die Mutter muß das Verbrechen begehen, kann es aber auf die leichteste Art vollführen, z. B. durch Versäumung der Unterbindung der Nabelschnur. Die Theilnehmer an diesem Verbrechen sind als gewöhnliche Mordgehülfen zu betrachten, obgleich die neuere Theorie in der Art ihrer Begriffskonstruktion schwankt, indem sie die Natur des Hauptdelikts auch auf sie anwenden will; allein das Verbrechen des Gehülfen ist ein ganz eigenes.

3) Die Tödtung muß geschehen, so lange das Kind noch als ein neugebornes anzusehen ist. Es liegt dieß in der Verbindung des heimlich gebären, verbergen und tödten [1]). Neugeboren heißt daher das Kind so lang, als von dessen Existenz außer der Mutter und ihren Mitschuldigen noch Niemand Kenntniß hat. Es haben jedoch über diesen Punkt von jeher die verschiedensten Ansichten geherrscht, worüber z. B. Wächter §. 171 zu vergleichen ist. Es hat hierauf besonders die Vorstellung über die Natur des Kindermords, z. B. die Ansicht von der dadurch zu rettenden weiblichen Ehre [2]), die Ansicht von der

---

[1]) Karol. Art. 131 auch 35.

[2]) Noch Niemand müsse etwas davon wissen.

Irritation bei der Geburt [1]), die Ansicht von dem partus als noch unselbstständigem Wesen [2]) Einfluß gehabt. Jedenfalls kann man nicht eine bestimmte Zeitgränze, wie z. B. 24 Stunden nach der Geburt annehmen.

4) Die Natur der verbrecherischen Handlung führt

a) auf eine Verheimlichung. Aber es ist nicht die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft an sich, denn diese ist nach gemeinem Rechte sogar erlaubt [3]); sondern es ist die Verheimlichung des Verhältnisses, daß die Person ein Kind gehabt habe, weil sie nur so zur tödtlichen Handlung bestimmt werden konnte. Insoferne wird selbst eine Person, die ihre Schwangerschaft nicht verheimlicht hatte, und auch die Niederkunft zu verheimlichen nicht gedachte, doch erst durch die zufällig heimlich erfolgte Niederkunft zur That bestimmt werden;

b) auf die Verletzung des Kindes außer der Mutter Leibe, oder doch wenigstens unmittelbar bei dem Heraustreten aus dem Mutterleibe, denn die Tödtung im Mutterleibe und zu einer Zeit, wo die Natur es nicht heraustreten läßt, ist ein anderes Verbrechen.

5) Ob das getödtete Kind lebensfähig gewesen seyn müsse, ist eben so oft aus dem juristischen Standpunkte bestritten worden, als die Art des Beweises über die lebendige Geburt unter den Aerzten verhandelt wird [4]). Wenn in der Karolina von einem gliedmäßigen Kindlein geredet wird, so haben die Interpreten dieß Wort verschiedentlich ausgelegt; die Einen beziehen es auf den Gegensatz zur monströsen Geburt [5]), und dieß scheint die älteste Ansicht gewesen zu seyn [6]); Andere nehmen den Gegensatz des nicht ausgetragenen Kindes (**partus non perfectus** [7]) aber schon Carpzow hat den Gegensatz zu dem prämaturen

---

[1]). Es müsse unmittelbar in oder nach der Geburt geschehen seyn.
[2]) Es müsse noch nicht in die äußere Natur gleichsam eingelebt seyn.
[3]) Eine andere Frage ist die, ob nicht unter Umständen daraus ein kulposer Kindermord hervorgehen kann. (An dem Ausdruck kulposer Kindermord muß man durchaus keinen Anstoß nehmen.)
[4]) S. Mittermaier deutsches Strafverfahren 2. Thl. §. 116.
[5]) Sie verweisen auf l. 14. D. de statu hom. l. 38. D. 50. 16.
[6]) Remus, manche Ausgaben der Karolina mit Noten.
[7]) *Böhmer* ad art. 131. CCC. *Kress* eod. loc.

Kind, welches nicht lebensfähig sey [1]), angenommen und schließt, daß wenn ein lebendiges aber nicht lebensfähiges Kind getödtet werde, die ordentliche Strafe nicht eintreten könne. Unter den Neueren behauptet Mittermaier [2]) — ein lebensfähiges Kind sey schon deßhalb gemeint, weil nur ein solches Kind ein wahrhaft lebendiges sey, und sonst nur ein scheinbares aber nicht organisch begründetes Leben da ist. Nach unsrer Meinung soll das Wort „lebendig gliedmäßig“ die Bedeutung haben, daß darunter ein Gegensatz zu dem notorisch nicht entwickelten **embrio**, der als **abortus** erscheint — ein wirklich von dem Mutterleib selbstständig zu trennendes Kind begriffen wird. Da nämlich Leben auch schon im Mutter Leibe ist, so sollte durch den Beisatz „gliedmäßig“ das weiter und zur Selbstständigkeit entwickelte Leben verstanden werden. Genug ist dann freilich, daß der **partus** außer dem Mutter Leibe wirklich gelebt hat, und es ist eine nicht im Gesetze liegende **benigna interpretatio**, wenn man verlangt, daß das Kind den Keim eines alsbaldigen Todes nicht schon in sich getragen habe, was die Mutter ja auch nicht wissen konnte. Auf jeden Fall aber kann in dieser Richtung von Lebensfähigkeit das Requisit nicht als ein **essentiale**, sondern nur als ein **naturale** im Thatbestande angenommen werden.

Der Kindermord in der Richtung, in welcher er hier dargestellt ist, konnte einerseits den Ansichten der Karolina entsprechen, und doch auf eine Reihe von Fällen, welche im Leben als Kindermord bezeichnet werden, nicht passen; denn die Karolina hatte einmal für die gelindere Erscheinung des Verbrechens die Todesstrafe ausgesprochen, und die schwereren konnten deßhalb kein Bedenken machen. Aber anders steht es in unserer Zeit, wo der hier charakterisirte Kindermord als ein nicht todeswürdiges Verbrechen in allen neuen Gesetzentwürfen und selbst in der gemeinrechtlichen Praxis dargestellt wird. Hier muß man daher ausschließen

1) den Fall, wo ein Kind getödtet wird, welches schon längere Zeit gelebt hat, auch wenn Niemand etwas von seiner Existenz außer der Mutter und den Mordgenossen wußte, denn hier ist im sub- und objektiven Gesichtspunkte die Schonung am unrechten

---

[1]) Qu. 11. §. 57.
[2]) Archiv VII. S. 317.

Orte. In dieser Richtung kann es dann einen Sinn haben, wenn ein Gesetz eine gewisse abstrakte Zeitgränze annimmt, z. B. daß das 2 oder 3 Tage oder nur 24 Stunden alte Kind nicht mehr als Objekt der milderen Richtung des Kindermords angesehen werden soll.

2) Den Fall, wo ein Kind getödtet wird, nachdem seine Geburt bekannt war. Es kömmt freilich hier darauf an, ob nicht vielleicht denen gegenüber, welchen die Geburt noch nicht bekannt war, der Reiz zur That kräftig wirkte; allein die Mutter, welche einmal mit ihrem Kinde in eine andere Sphäre versezt ist, als die ist, wo sie geboren hat, wird schon, weil das Kind kein neugebornes mehr genannt werden kann, wenig Schonung verdienen. Gewöhnlich wird auch die Ansicht wirken, vom Kinde zu kommen, um durch dasselbe in der Nahrung oder in gewissen Plänen nicht genirt zu werden, und solche egoistische wohlbedachte Absicht verdient auf keine Weise Nachsicht des Gesetzes und des Richters.

§. 85.

Anhang.

Von der Kinderaussetzung, Kinderabtreibung und Unfruchtbarmachung.

I. Die Kinderaussetzung hängt der Sache nach mit dem Kindermorde am nächsten zusammen, daher auch die Karolina sie unmittelbar angeschlossen hat. Vor Allem ist wichtig, daß hier kein Grund vorhanden ist, zwischen der Aussetzung ehelicher und außerehelicher Kinder, und ob die Handlung von der Mutter oder vom Vater geschieht, zu unterscheiden, denn zwar spricht der Art. 132 der Karolina bloß von der Mutter; allein der Artikel hat offenbar nur die Parallele vom Kindermord im Auge [1]), ohne die Strafwürdigkeit der Handlung damit beschränken zu wollen. Der Artikel spricht dagegen nicht bloß von außerehelichen Kindern, gleichwohl kann man zugeben, daß der Kaiser in dem Artikel nur diese im Auge gehabt hat, ohne die Absicht annehmen zu dürfen, daß die Aussetzung ehelicher Kinder straflos seyn sollte. Freilich könnte man auf diese Art dahin kommen, jede Aussetzung von hülflosen Kindern, also auch die von Pflegeltern

---

[1]) Von mir schon bewiesen im Lehrbuch §. 159 aus der Bambergensis.

hieher zu stellen, und in der That ist nicht abzusehen, warum man nicht lieber die Analogie zum Artikel 132 sollte gelten lassen, als daß die Interpretation aus dem verbrecherischen animus des Exponirenden machen will. Im Uebrigen ist der Streit bloß theoretisch und legislativ, denn da nach gemeinem Rechte die Strafe der Kinderaussetzung arbiträr ist, so kann sich der Exponirende nicht durch die Subsumtion unter dem Artikel 132 beschwert halten, wenn er nicht überhaupt den Satz **nulla poena sine lege** in seiner ungesunden Richtung hieher beziehen will.

Dieß Alles wird um so augenscheinlicher, wenn man die Intention des Gesetzes untersucht; dieselbe ist offenbar ethisch und nicht politisch, es ist die Idee des kanonischen Rechts im Titel **de infantibus et lanquidis expositis**; das Verlassen und Davonkommen von den Kindern, dieses unnatürliche Entäußern der natürlichsten Pflicht soll gestraft werden. Wenn nun auch der Gesetzgeber den Erfolg vorzüglich im Auge hat — des leicht möglichen Todes — so wird darnach nur die Quantität der Strafe bestimmt, in der subjektiven Richtung aber ist bei einem Individuum, welches sein Kind in eine solche und ähnlich gefährliche Lage bringt, wohl jeder Fall gleich hoch anzuschlagen, denn wer so an der Natur sündigt, muß wohl in seinem Innern auf das Aeußerste gefaßt seyn.

Im Uebrigen sind die Ansichten der Gelehrten über einzelne Punkte hier sehr verschieden, denn die Einen werfen sich in ein Fragment des römischen Rechts (**Cod. de inf. expos.**), um es in eigener Weise zu exegesiren und anzuwenden; die Andern erwägen nicht den Unterschied der Ansichten in den alten römischen — und in der späteren christlichen Zeit; wieder Andere ziehen Nebenpunkte herein, z. B. die Gefahr für den **status**. Einige nehmen die Karolina so, wie eine Stelle in den Pandekten oder in einem neueren Gesetzbuche; Andere sprechen aus ihrem Gefühle und sogenannten praktischen Leben, und nirgends ist es wohl gewisser als hier, daß der Jurist im Strafrechte von höheren Grundsätzen getragen werden muß, als von der Vergleichung der Fragmente alter Gesetze, und daß er sich auf andere Art festhalten muß, als durch ein paar Wegweiser in dem Labyrinthe des dogmengeschichtlichen Chaos.

§. 86.

II. Die Kinderabtreibung und das Unfruchtbarmachen werden von den Kirchenvätern und vom kanonischen Rechte als Tödtung an Embrionen aufgefaßt, und da man das geistige Leben, die Vernichtung der Seele gar nicht oder nicht ganz von dem somatischen Leben abhängig machen wollte, so war dieß in der That eine Art von Seelenmord. Die Kinderabtreibung wurde freilich empirisch zunächst in Beziehung auf uneheliche Mütter aufgefaßt, aber man hatte keinen Grund, die Strafbarkeit der Handlung im ehelichen Verhältnisse für geringer oder größer zu achten, denn offenbar schwebte dem Gesetzgeber das gefährdete höhere Leben des partus vor. Was nun

A. die Kinderabtreibung insbesondere angeht, so ist das Naturwidrige und Schändliche selbst dann anzunehmen, wenn man den embrio als portio uteri ansieht. Aber es gehörte die reinere christliche Ansicht dazu, um die frechen Grundsätze, welche von Augusts Zeiten her den römischen Weibern geblieben, und oft gerechtfertigt waren, zu ersticken. Nur wenige Spuren von gewissermaßen polizeilicher Repression solcher Handlungen kommen im römischen Rechte vor [1]). Auf die von reineren natürlichen Ansichten erfüllten Gemüther der Germanen wirkte in solchen Dingen unbedingt das kanonische Recht, und in der Zeit der wiederbelebten juristischen Wissenschaft, wo die Theologie als eigentliche Philosophie der Grund von Allem, also auch von der Jurisprudenz war [2]), fand die Ergänzung des Rechts nach rein biblischen Ansichten statt. Daher nun aber auch der bekannte Irrthum der Septuaginta zu Mos. XXI. 22—25 mit der Erweiterung des Irrthums, daß bei dem männlichen foetus das Leben mit 40, bei dem weiblichen erst mit 80 Tagen anfange [3]). In der Folge kam noch dazu, daß man diese auf das geistige Leben sich beziehende Fiktion auf das körperliche hinwendete, und also auch auf Formation, Bewegung u. s. w. achtete, und hier medizinischen Träumereien folgend, bald 35, 44, 45, 50, 70, 76, 90, 100, 120 und in

---

[1]) L. 4. D. de extraord. crim. l. 38. §. 5. D. 48. 19.

[2]) Hieher gehört *Tertullianus* de anima.

[3]) Wächter S. 175 und der dort angeführte J. H. Böhmer — auch J. S. F. Böhmer ad Carpzow und zuletzt Spangenberg im Archiv II. Bd.

der eigentlichen somatischen Perfektion 300 Tage für nöthig erklärte, wie man dieß Alles am besten aus Damhouder ersehen, und in den Schriftstellern über Lokalgewohnheiten, z. B. Chassanaeus in consuet. Burgund in rubr. de enfans — enaage suffisant verfolgen kann. Wenn nun die Karolina von dem Unterschiede des lebendigen und noch nicht lebendigen Kindes ausgeht, so ist nur das annoch wichtig, daß der Mann, welcher die Abtreibung absichtlich vornimmt, für einen Todschläger im ersten Falle gehalten werden soll, woraus immerhin so viel folgt, daß, wenn die Bildung des Kindes bedeutend vorgerückt ist [1]), eine hohe Strafe wird zuerkannt werden müssen, zumal man in Beziehung auf die Mutter selbst, die ein solches ausgebildetes Kind abtreibt oder abtreiben läßt, aus der Strafe sieht [2]), wie sie einer Kindesmörderin gleich angesehen worden ist. Wenn das Kind durch äußere Einwirkung im utero getödtet wird, muß das konkrete Verhältniß entscheiden, ob Kindermord oder Abtreibung vorhanden ist, allein praktisch ist, wie eben angedeutet, die Sache von geringem Interesse. Eine kulpose Abortion kann nicht strafbar seyn, weil die Annahme des Standpunkts der Tödtung doch nur eine Fiktion ist.

§. 87.

B. Wenn das Unfruchtbarmachen eines Mannes oder Weibes hieher gestellt ist, so war zwar von dem Abtreiben in Beziehung auf das Weib ein leichter Uebergang zum Unfruchtbarmachen, denn ein Weib, welches ihr Kind abtreibt, hat gewiß das Unfruchtbarseyn in ihren Wünschen. Allein soferne man in der Zeit der Karolina die Ausführung des Zwecks auf eine andere Art für möglich hielt, als durch körperliche und organische Destruktion, so war man natürlich im Irrthume. Man sah in diesem Irrthum die Sache nicht für eine Körperverletzung an, noch weniger von dem singulären Standpunkte des römischen Rechts als Kastration [3]), sondern man dachte sich vorzüglich die Ausführung

---

[1]) Das sächsische Recht nimmt den Unterschied zwischen der ersten und zweiten Hälfte der Schwangerschaft an. *Berger* electa jur. crim. pag. 112.

[2]) Ertränken.

[3]) L. 3. §. 2. l. 4. §. 2. l. 5. D. 48. 8. l. 1. Cod. 4. 42. nov. Leonis 60.

der That durch Zauberei; so dachte man weiter, daß es gleichgültig sey, ob Mann und Frau an sich selbst [1]), oder ob ein Dritter die Handlung ausführe, und es bildete sich eine Lehre, welche in dieser Gestalt praktisch gar nicht mehr angewendet werden kann. Schon sehr frühzeitig hat man hier die kanonische **fictio homicidii (c. 7. c. 32. qu. 2. cap. 5. X. 5. 12)** verworfen.

Zweites Kapitel.

Von den Körperverletzungen ausser der Tödtung.

A. Römisches Recht.

§. 88.

Hier hat diese Lehre keine selbstständige Richtung, sondern gehört unter die zwei allgemeinen Kategorien der Injurien und der Gewaltthätigkeit. In der ersten Hinsicht ist die Annahme sehr bestimmter Rechtssätze nach der Natur der Sache schon im frühesten römischen Alterthume nachzuweisen, und zwar nach Gellius **lib. XX. c. I.** in den **XII** Tafeln in zwei Sätzen:

1) **Si injuriam alteri faxit viginti quinque aeris poenae sunto.** Unter der Injurie war hier offenbar eine körperliche verstanden, die jedoch keine Gefahr für ein Glied brachte, denn hiefür hieß es:

2) **Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto** [2]).

Dazu erzählt uns noch Gajus **lib. 3. §. 223. propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat: at si servo CL** [3]), und dann

---

[1]) Es ist nicht einzusehen, warum, wie Wächter meint, die Worte der Karolina „so sie es auch an ihr selbst thäte," nicht zugleich auf die Unfruchtbarmachung zu beziehen seyen, da Grammatik — und die Ansicht der Zeit dafür sind, und auf die älteren Ausleger der Karolina keinen Anstand fanden.

[2]) Siehe außer Gellius auch Festus v. talio.

[3]) Siehe auch Collatio (Ausgabe von Blume) II. 5. pag. 19.

geht er auf die Stelle ad 1. über, popter ceteras vero injurias XXV. assium poena erat constituta und schließt damit:

et videbantur illis temporibus, in magna paupertate, satis idoneae istae pecuniariae poenae.

Es ist hier also der Unterschied zwischen membrum ruptum und os fractum aut collisum, sehr wichtig, weil im ersten Falle das Glied ganz verloren war, im andern aber die Wiederherstellung möglich wurde. Alle Völker in ihrer ersten rein sinnlichen Zeit machen diesen Unterschied des gänzlichen Verlustes eines Gliedes [1]), und der Schwächung desselben, und hier wieder in der Verletzung eines Knochens und in den bloßen Fleischwunden, und Fleischquetschungen, welche bei den Römern zu der dritten Klasse, zu den ceterae injuriae gestellt werden. Wenn in der ersten Klasse die Talion angenommen war, so sollte dadurch nur ausgedrückt werden, daß dem Verlezten der Verlust eines unersetzlichen Rechts anerkannt sey, und daß aller Ersatz auf einer Vereinbarung beruhen müsse, es ist aber so wenig hier von Blutrache die Rede, als wenn der Dieb dem Bestohlenen oder, nach der Meinung Vieler, der Schuldner dem Gläubiger zum Schuldknecht gegeben würde, oder noch mehr, wenn zur Exekution der Privatrechte die sectio corporis als jus supremum aufgestellt wurde. Daß es nie zu solchem Aeußersten kam, ist uns nicht nur aus römischem Munde bezeugt [2]), sondern, was wichtiger ist, damit eingestanden, daß alle körperlichen Injurien durch Privatgeldstrafen gebüßt wurden.

So war dann der Uebergang in das prätorische Recht keine Neuerung, sondern nur eine nähere Bestimmung der alten Civilrechtsgrundsätze. Es war natürlich, daß eine allgemeine gesetzliche Taxe für Schläge zumal in so geringem Betrage unzweckmäßig befunden wurde, es ist einzusehen, daß schwerere Verletzungen zu verschieden sind und zu verschiedene Folgen haben, als daß man allgemeine Taxen annehmen könnte, es ist begreiflich, daß die Talion auch aufhörte, eine Fiktion zu seyn, als man gefährliche Gewaltthaten vor die Volksgerichte zog; und so kam es

---

[1]) Wozu natürlich auch die Sinnenwerkzeuge als edlere Glieder, d. i. Theile des Körpers gehören.

[2]) Gellius lib. XX. c. 1.

a) daß die Taxation für jeden konkreten Fall stattfand. Bei den atroces injuriae, d. i. Schlägen und Verwundungen, wovon dann später auch nicht mehr unterschieden wurden Knochenverletzungen und der Verlust eines Glieds, sezte der Prätor gleich bei der Klage fest: quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium [1]) und bei dieser Summe blieb es dann auch gewöhnlich im Endurtheil, indem der actor vor dem judex darauf antrug, und der judex oder die Rekuperatoren nicht gerne davon abwichen. Aus dem Ganzen geht dabei hervor, daß das judicium ein arbitrium war [2]), und daß bei den geringeren Injurien, wo das vadimonium durch den Prätor nicht vorkam, Alles in Erwägung des Richters stand;

b) daß die Taxation immer den Zweck der Strafe hatte, denn wenn darneben Jemand Schadensersatz geltend machen wollte, so war ihm dieses gestattet, jedoch unter eigenen Voraussetzungen. Es mußte nämlich ein damnum nachgewiesen werden, was nur in einem wirklichen, d. i. bleibenden Schaden bestand, d. h. in Hinsicht auf Sklaven betrachtet diesen weniger werth machte. Darauf auch ging ursprünglich allein die actio legis Aquiliae und es ist spätere Interpretation, wenn Kurkosten, Versäumniß als damnum aufgefaßt worden ist [3]). Ohnehin geht aus diesem Allen hervor, daß, weil ein Freier keinen Werth hatte, ursprünglich die actio ex lege Aquilia gar nicht gebraucht werden konnte, also vom Schadensersatz ursprünglich nicht die Rede war, sondern durch und durch von der poena.

Nirgends mehr als hier tritt in delictis der Unterschied zwischen dem judicium privatum und publicum hervor: wenn Jemand nicht animo occidendi einen Andern angriff (und, nach späteren Ansichten, wenn nicht außerdem durch luxuria Jemand um das Leben kam) — sezte man sich eines judicii publici nur dann aus, wenn dabei die bürgerliche Freiheit besonders verlezt wurde, z. B. durch Festhalten und Binden, durch Ueberfall mit bewaffneter Hand, durch Angriffe auf die weibliche Freiheit u. s. w.,

---

[1]) Gajus III. 224. Collat. II. 5. p. 20 (Blume).

[2]) Daher in der formula auch nur die demonstratio sehr genau erscheint. Coll. II. VI. 4. 5.

[3]) Coll. II. V. §. 4. (p. 17).

wo folglich besonders seit den leges de vi die accusatio begründet war. Also war es hier der gefährliche und schändliche Zweck, welcher den Angriff auf den Körper zu einem crimen qualifizirte.

§. 89.

So stand die Sache bis zu der Zeit, wo sich der ordo judicii publici et privati auflöste [1]). In dieser Zeit war Vieles anders geworden, z. B. die Herren konnten nicht mehr ohne Maß ihre Sklaven mißhandeln und die praesides cognoscirten hier gleichsam polizeilich [2]); noch weniger waren die Patronen ohne Rechenschaft bei der Mißhandlung ihrer Libertinen; umgekehrt sollten geringe Leute, selbst wenn sie keine thätigen Injurien gegen Angesehene begingen, wie, wenn sie eine Realinjurie (atrox) begangen hätten, zu behandeln seyn, und überhaupt sollten injuriae atroces unter Umständen accusirt werden können, wenn man auch mehrmals aussprach, daß eigentlich das judicium injuriarum ein privatum sey [3]); dabei unterschied man drei Stände — servi, humiliores liberi, und die Uebrigen, wohl unter diesen wieder die illustres — und bei den ersten fand gewiß kein ordentlicher Prozeß, sondern ein polizeiliches Verfahren statt, und die humiliores wurden nicht viel besser behandelt [4]); aber bei den honestiores und bei den illustres wurde eine Kriminalanklage zugelassen, ohne daß man sich auf die lex de vi zu

---

[1]) Gar nichts Bestimmtes weiß man darüber, was die lex Cornelia de injuriis festsezte. Sie scheint allerdings von körperlichen Angriffen und Hausverletzungen gehandelt, aber nur ein judicium privatum auf Taxation der Geldstrafe festgesezt zu haben, worin sie dann so wenig von der alten Civilrechts- als von der prätorischen Ansicht abwich und wahrscheinlich, wie viele Sulla'sche Rogationen nur einen vorübergehenden Zweck in der stürmischen Zeit hatte, später aber kaum anders in der Praxis erhalten worden ist, als wenn man durch Berufung auf die lex die actio erlangen konnte, die das Edikt verweigert hatte, z. B. wegen Verjährung. Wenn Hugo die lex cornelia de injuriis als einen Theil der lex corn. de sicariis ansieht, so vergl. jezt dagegen Schilling in den Bemerkungen zur römischen Rechtsgeschichte S. 288 ff.

[2]) Coll. III. III. 4.

[3]) L. 7. cod. 9. 35.

[4]) L. 45. D. 47. 10.

berufen brauchte (de injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui potest), also auch bei honestiores der causa wegen: nur sollte die Strafe bei diesen angemessen (exilium temporale, interdictio certae rei) seyn, und von Seite der illustres als Ankläger und als Angeklagte der Prozeß durch Prokuratoren geführt werden können [1]).

Was nun aber zulezt die Konkurrenz der Rechtsmittel angeht, so war man allerdings in einiger Verlegenheit, man ließ das judicium privatum und publicum injuriarum gewiß nicht nebeneinander zu, weil auch das judicium publicum von dem Injurirten angeregt werden mußte, aber wenn ein Anderer als öffentlicher Ankläger ex vi auftreten, oder die Obrigkeit ex officio vorschreiten konnte, so scheint auch der doppelte Prozeß nebeneinander gerechtfertigt zu seyn und darauf dürfte sich §. 10. J. 4. 4. beziehen. Im Uebrigen ist hier nicht einmal gesagt, daß die Konkurrenz eine kumulative ist, und die Stelle kann wohl auf die elektive Konkurrenz beschränkt werden.

§. 90.

Von der Richtung des kanonischen Rechts.

Das kanonische Recht schwebt auch hier zwischen den römischen und germanischen Ansichten. Während es in lezterer Hinsicht die Raufer (percussores), welche ohne Deprädationsabsicht dareinschlagen [2]), selbst wenn es clerici sind, für schuldig erkennt, durch Komposition sich frei zu machen, und geistliche Strafen verhängt [3]), nimmt es auch die römische Ansicht von den Injurien auf, aber nur von der Seite des Schadenersatzes [4]), und scheint hiernach, im Straffysteme mehr dem öffentlichen Rechte seiner Zeit, d. i. dem germanischen, auch hier gehuldigt zu haben, zumal es sichtbar der Zweck der Kirche war, die Völker durch ihre eigenen Sitten und Einrichtungen zu lenken und zu vervollkommnen.

---

[1]) L. ult. cod. 9. 35.

[2]) Dieß ist überhaupt der Gegensatz des germanischen Rechts (raptor violator incendiarius).

[3]) C. 1. X. 5. 25.

[4]) Cap. 1. X. 5. 35.

B. Germanisches Recht.

§. 91.

Kein Theil des altgermanischen Volksrechts dürfte wichtiger seyn, als derjenige, welcher die Bußtaxationen der körperlichen Verletzungen enthält, weil man daraus am besten diejenigen Gefühle erkennt, durch welche nach der sittlichen Ansicht der Zeit aus dem Volke heraus die physische Rohheit gezügelt wurde. Man sah hier nicht, wenigstens nicht in allen Volksgesetzen so, wie bei der Tödtung, auf die politische Bedeutung des Standesunterschieds, sondern man wog den Unterschied zwischen den Nationalangehörigen und den Sklaven [1]). Sodann unterschied man objektive, wenigstens nach dem Gesetze der Franken, welches wir vorzüglich zur Richtschnur nehmen:

a) Schlag ohne Waffen und Blutvergießen [2]). Schlägt so ein servus einen servus oder ein ingenuus einen servus — nihil est, sed tamen propter pacis studium tremissem i. e. IV. denarios componat.

b) Schlag mit Blutvergießen oder mit Waffen, in einfacher Art [3]).

c) Schlag am Kopf, so daß drei Splitter herausgehen [4]).

d) Schlag am Kopf, daß drei Splitter herausgehen und das Hirn sichtbar ist [5]).

e) Schlag am Mittelleib, daß es durch die Rippen in das Innere geht [6]).

f) So daß der Geschlagene nicht mehr geheilt werden kann [7]).

---

[1]) Schon deßhalb läßt sich nicht annehmen, daß die Wund- und Lähmungstaxen überall in einer Proportion zum Wehrgelde gestanden hätten. Im Uebrigen war die Taxe auch gebildet, wenn ein servus einen ingenuus oder einen servus schlug. Lex Ripuariorum tit. 22. 23.

[2]) Niederste emendatio III. solid.
clausa manu 3 . 3 = IX., d. h. es wurden immer nur drei Schläge bezahlt. Grimm S. 629.

[3]) 3 . 5 = XV.

[4]) 3 . 5 . 2 = XXX.

[5]) 3 . 5 . 3 = XLV.

[6]) 3 . 5 . 2 = XXX.

[7]) LXII. In Denarien gezählt ist das Verhältniß Folgendes: 120 : 600 : 1200 : 1800 : 2500. Lex Salica emend. tit. 19.

g) Nunmehr geht es an die debilitates (Lähmungen und Verlust ganzer Glieder). Zuerst Hand und Fuß, dann Aug, Ohr und Nase [1]); wenn die Hand am Leib bleibt, oder nur ein Finger oder eine Zehe verloren wird, geht es auf **XLV** oder **LXII sol.** zurück; und wenn der Finger nicht einmal ab ist, auf **XXX**; ja es werden alle einzelnen Finger einzeln und in Mehrheit taxirt. Auch die geringeren Verstümmelungen an Fuß, Aug, Ohr und Nase werden besonders taxirt.

h) Das Zungenabschneiden, daß man nicht mehr reden kann, gilt mit C. — ebenso das Kastriren: **si vero ad integrum tulerit virilia CC.**

Aus dieser Darstellung geht nun hervor, daß man unterschied Schläge ohne scharfe Waffen (braun und blau), Blutschläge (blau und blutig, das Blut muß aber zu Boden rinnen, daher Blutrunst); ferner beinschrötige Verletzungen, und endlich Verlust oder Verletzung von Gliedern des Leibs.

Im Uebrigen läßt sich leicht denken, daß es unendlich viele Variationen in den verschiedenen Volksgesetzen gab, und daß man auch auf andere Dinge sah, auf Narben, auf das Maß der Wunden u. s. w.

Diese Ansicht erhielt sich nun durch das ganze Mittelalter hindurch und erscheint namentlich im Sachsen- und Schwabenspiegel. Vorerst ist nur noch über die **lex Saxonum** zu bemerken, daß sie als eine später gemachte Sammlung ebenso, wie das ripuarische Gesetz, gleich das Verhältniß der Kompositon zu der Zahl der Eideshelfer angibt, auch die Angriffe, Schläge, Verstümmelungen genauer unterscheidet und taxirt — endlich, was das Merkwürdigste scheint, das Ständeverhältniß unterscheidet, wie bei der Tödtung, wenn man auch dieß nur durch Induktion annehmen muß, indem der Titel **de vulneribus de ictu *nobilis*** spricht, und das Taxsystem nach der Unterlage **a minori ad majus** immer für einen **nobilis** fortsezt, woraus dann geschlossen wird, z. B. mit Gaupp, daß weil man ein allgemeines Verhältniß des Wehrgelds des **nobilis, ingenuus** und **litus** gehabt habe, die für die zwei andern Stände stattfindenden niederen Taxen leicht hätten ausgerechnet werden können. Dem sey, wie

---

[1]) C.

ihm wolle, so ist außer solchen Nebenverhältnissen das System der alten **lex Salica** und der **lex Saxonum** im Geiste ein und dasselbe.

§. 92.

In die Lehre von Schlägen, Verwundungen und Lähmungen griff schon unter den Karolingern die bekannte Lehre des damaligen Staats- und Strafrechts „**de pace servanda**“ ein. Im Uebrigen bezogen sich die Grundsätze dieser eigentlich zur Polizeigewalt gerechneten Lehren mehr auf die Händel der Mächtigeren, als auf die Verletzungen ihrer Leute untereinander, und auf die unter den Angehörigen einer Gemeinde stattfindenden nicht allgemeinen Raufereien. Die Geistlichen, welche dem römischen Rechte folgten, hielten an der feinern Idee der Injurie, und wollten den **percussor** und **vulnerator** außer den geistlichen Strafen darnach behandelt wissen; die Städte in Italien und Frankreich machten über Schläge und Verwundungen Statuten, wie man schon aus den späteren Schriftstellern über das gemeine Recht *Gandinus* [1]), *Angelus* [2]) und aus den in der Sammlung der französischen Ordonnanzen befindlichen Städterechten sieht; dabei ist nun wichtig, daß das Emendationssystem lange aufrecht erhalten wurde, bis man zulezt die Sache unter einzelnen Umständen als Bruch des städtischen Friedens ansah, und dabei auf die römischen Grundsätze von **vis** und **injuria** kam. Uns interessirt natürlich vor Allem die Fortbildung in Deutschland.

Hiernach aber ist gewiß

1) daß auch in den deutschen Städten hauptsächlich auf Körperverletzungen, Schlagen und Raufen durch Statuten Vorsorge geschehen; wir erinnern hier nur an die berühmte Speierer Satzung von 1328, bei Lehmann S. 284 ff., wo nicht nur die verschiedenen Arten von Schlägen und Wunden mit einer Geldstrafe belegt sind, und wo man den Uebergang der Komposition in die polizeiliche Pön recht klar sieht, sondern wo man auch gut wahrnimmt, wie schon damals der Gegensatz der

---

[1]) De observantiis statutorum Nr. 17.

[2]) Dieser stellt aber auch schon Grundsätze einer generalis consuetudo auf, wovon weiter unten.

niedern Gerichtsbarkeit über Unfug zu der eigentlichen peinlichen Gerichtsbarkeit wohl gebildet war, indem von Lähmungen und dem Verlust ganzer Glieder hier Nichts gesagt ist, sondern, wie Lehmann richtig bemerkt, hier das allgemeine Landrecht lediglich eingriff. Wenn nun in andern Städten auch diese schwereren Verletzungen in die Statuten und Weisthümer aufgenommen waren, so war dieß gewiß noch in der Richtung des Wehrgeldes, mit welchem man sich von der eigentlichen Strafe losmachen konnte. Darauf führt am besten

2) der Sachsenspiegel. Dieser läßt

a) einfache Schlägereien und Raufereien ohne Fleischwunden, die im Beweise klar sind (nicht übernächtig und mit Gerüfte) vor dem Dorfmeister mit Gewette und Buße, also ohne Pein abthun [1]);

b) außerdem aber unterscheidet er Wunden und Lembden. Die ersteren sind einfache Fleischwunden aber mit Blutrunst, ferner offene oder beinschrötige Wunden, dann Kämpferwunden, die ein gewisses Maß und eine gewisse Tiefe haben [2]). Hier griff schon die Ansicht vom Friedensbruch, von der Verwirkung von Leib und Hand, und von der Verfestung ein, ein für die künftige Praxis merkwürdiger Umstand [3]);

c) der Verlust der Glieder wird nach dem System des Wehrgelds behandelt, d. h. so hier, wie ad b. kann sich der Angeschuldigte lösen, d. h. von der peinlichen Strafe frei machen, wenn er das für Mund, Augen, Nase, Zunge, Ohren, Gemächte u. s. w. festgesezte Wehrgeld bezahlt [4]).

Auf diese Weise hing das Recht des Mittelalters bis auf den Fortschritt in den Städten noch sehr mit den alten Volksrechten und mit dem aus der Karoling'schen Zeit kommenden Friedensrecht zusammen.

Aber auf einmal wendete sich durch den Einbruch des römischen Rechts und durch die Kenntniß der italienischen

---

[1]) III. 37.

[2]) Gärtner in der Glosse S. 155.

[3]) I. 69. II. 16. Ueberhaupt scheint das Abhauen der Hand die öffentliche Strafe des gebrochenen Friedens sowohl im Occidente als im Oriente geworden zu seyn. Siehe das prochiron von C. Zachariä, im Titel de poenis.

[4]) II. 16.

kriminalistischen Literatur die Sache, und selbst in Sachsen, nach Carpzows Ausführung, kam das Sachsenrecht schon lange vor ihm sogar durch ausdrückliche Gesetzgebung ab.

C. Italienische und deutsche Schriftsteller.

§. 93.

Die Italiener unterscheiden percutere und vulnerare fast in eben dem Sinne, wie wir jezt Schlagen und Verwunden. Vulnerare sive vulnus proprie est quando fit scisura vel separatio in corpore, percutere autem sive percussio est etiam sine scissione corporis ut ibi habetur, dummodo carnem tangat, quare percutere est cutem tangere. Quid autem si ex percussione facta sit tumefactio, an dicatur vulnus vel percussio. Respondi: aut ex tali tumefactione fit scisura carnis latens: licet non appareat vel opus quod per medicum scindatur, quia facit saniem subtus sive latenter: tunc etiam dicitur vulnus, alias non dicitur vulnus, sed percussio.

Nur die vulnera wurden nach dem Statutarrecht als Bruch gestraft; die Schläge gehörten zum Injurienprozeß, aber der Kommentator von Angelus bemerkt schon, daß man auch ein vulnusculum dazu rechne. Nach allem diesen war die Untersuchung der Wunde nöthig, und daher sprach man von einem eigenen processus de vulnere. Dabei sieht man, daß man als äußeres Kennzeichen der Wunde immer auf die *effussio* sanguinis hinwies, und hinsichtlich der schweren Verletzung auf die fractura ossis, aus welchem Allen die Erinnerung an das alte germanische Recht hervorgeht. Dabei nahm man auch darauf Rücksicht an cicatrix et signum perpetuum erat remansurum, et an membrum remanet debilitatum [1]). Endlich sah man auch auf die Instrumente, ob Stock, Messer u. s. w. Ueberall ging die Bestrebung darauf, dieß Herkömmliche und in den Statuten hervortretende Recht zu einem gemeinen zu bilden, wobei man mehr den color als die Sache selbst in der Berufung auf Stellen des römischen Rechts im Auge haben konnte. Bald erkannte man aber, daß das römische Recht in solchen Fällen der

---

[1]) *Angelus* sub voce *admenavit* et sup.

injuriae atroces eine poena arbitraria in den Kaiserzeiten ausspricht, und verwies dann, wie Clarus [1]), in diesem Sinne auf das gemeine Recht, soferne in der Anwendung des Statutarrechts irgendwo Zweifel sey. Im Uebrigen war, eben weil fast überall in Italien, Frankreich und Deutschland, die Ortsrechte und Gewohnheiten hier in Betracht kamen, das gemeine Recht theoretisch und praktisch vernachlässigt.

Die deutschen Juristen fanden vor:

1) die römische Ansicht von den injuriae atroces;

2) die Bemerkung, daß hier das Meiste auf das Lokalrecht ankomme, und eine sehr verschiedene Praxis der Gerichte;

3) einige Hauptunterschiede aus der generalis consuetudo juris germanici, namentlich

a) daß die bloßen Schläge und blutrünstigen Angriffe, welche keine Fleischwunden seyen, z. B. Nasenbluten, Maulschellen mit Zahnbluten, so die nicht wackeln, und andere Blutrunsten mit Nägeln gekrazt vor die Bauermeister oder Nieder- und Erbgerichte gehörten [2]);

b) daß dagegen die blutenden Fleischwunden, beinschrötige Wunden, Kämpferwunden und Lehmden, die nicht tödtlich seyen, wenn sie nicht gebessert werden, als Bruch zu bestrafen seyen.

Da aber solche Dinge auf keinem Fall ex officio verfolgt wurden, außer manchmal in den Stadtgerichten, und die Bruchsachen überhaupt bei den kaiserlichen und andern Landgerichten mehr in den Civilprozeß gezogen wurden, so konnte sich kein gemeines Recht daraus bilden. Die Karolina hatte diese trübe Sache ganz belassen, und wohl eingesehen, daß für die gewöhnlichen Centgerichte hier kein Anhaltspunkt sey; daher mußte man im Geiste des Art. 104 auf das römische Recht zurückkommen, wie besonders Carpzow deducirt mit der Bemerkung, daß selbst in Sachsen schon im sechszehnten Jahrhundert die Sachsenrechte in diesen Punkten abgeschafft wurden, und die römische poena arbitraria als eine peinliche Strafe in den schwereren Fällen hereintrat [3]). Um nun aber hier, wo die Grenze zwischen

---

[1]) §. injuria.

[2]) Ord. prov. Augusti elect. sax. d. a. 1555. tit. was zu Ober-, Nieder- oder Erbgerichten gehört.

[3]) Part. II. qu. 99.

den civilrechtlich und peinlich zu bestrafenden Fällen so schwer zu finden war, nicht irre zu gehen, verwies man durchaus auf die Lokalgerichtspraxis, und so ist es bis zur Stunde geblieben. Der Einfluß aus der alten germanischen Zeit ist daher nirgends im deutschen Strafrechte größer, als hier: und wenn auch kein Zweifel darüber besteht, daß alle Körperverletzungen, die nicht tödtlich sind, lediglich aus dem römischen Standpunkte der Injurien gemeinrechtlich beurtheilt werden müssen, so war es doch nicht systematisirende Willkür, sondern ein richtiges praktisches Gefühl, wenn man in den Lehrbüchern ein eigenes Kapitel von Körperverletzungen und Verwundungen aufgestellt hat. Nur hätte man die Analogie zu der objektiven Richtung des Thatbestandes der Tödtung vermeiden, und soferne man allerdings auf die objektive Richtung achten mußte, darauf mehr Bedacht nehmen sollen, eigentliche Verwundungen und noch schlimmere Verletzungen von den geringern Mißhandlungen zu unterscheiden. Dahin haben zwar die neueren Gesetzgebungen gewirkt, meistens mit Rücksicht auf die Dauer der Krankheit, welche jedoch oft sehr unverlässig, auf keinen Fall entscheidend seyn kann. Ob die schwereren Körperverletzungen auch bloß kulpose beigebracht strafbar seyen, mußte um so bedenklicher bis auf unsere Zeit bleiben, als nach dem deutschen System des Wehrgeldes die Sache zu Gunsten des Verletzten, nach dem römischen aber über Injurien und crimen de vi gerade umgekehrt zu entscheiden war. Dabei kamen auch noch andere Dinge in Betracht, z. B. die Verletzung besonderer Pflichten der Ehrfurcht und Liebe, der Treue und des Gehorsams, wo der deutsche Standpunkt des Verraths, der römische der potenzirten Injurie entscheidend wird, und wo man ebenfalls schon mit Carpzow anfing, den ersten zu verlassen, und den zweiten anzunehmen [1]).

D. Praktische Resultate.

§. 94.

I. Ist der Erfolg aus einer Körperverletzung tödtlich, so treten immer die Grundsätze von der absichtlichen, kulposen oder entschuldigten Tödtung ein.

---

[1]) Part. II. qu. 100.

II. Außerdem ist die Handlung nur peinlich strafbar, wenn eine absichtliche und nicht unbedeutende Körperverletzung erfolgt ist.

a) Da nämlich das System des Wehrgelds bei uns gar keine Bedeutung hat, so kann die Handlung nur nach römischem Rechte als Injurie oder crimen de vi strafbar seyn. In beider Beziehung aber muß nicht etwa das unvorsichtige Losgehen eines Gewehrs nicht die bloße Absicht Jemanden zu schrecken oder zum Besten zu haben, sondern die reelle Absicht, den Andern anzugreifen, vorhanden seyn. Auch Leichtsinn Muthwillen und grobe Unvorsichtigkeit bei dem Gebrauche der Waffen führen hier nicht zur peinlichen Schuld. Aber die Lehre vom damnum injuria datum kömmt in Anwendung, und etwa ein disziplinarisches Strafrecht [1]). Die Analogie zur Tödtung kann um so weniger gebraucht werden, als es hier gerade der wirkliche Verlust des Lebens ist, der die Strafe der lascivia begründet. Man kann dieß recht klar sehen, wenn die Unkunst des Arztes bei dem wirklichen Lebensverluste peinlich gestraft wird, und wobei Niemand noch behauptet hat, daß auch die schlechte Behandlung, welche eine bleibende Krankheit herbeiführt, am Arzte gestraft werden müßte. Ob übrigens die Mißhandlung im Vorbedacht oder im Affekt und aus Brutalität geschehen ist, macht keinen qualitativen, wenn auch einen quantitativen Unterschied in der Schuld und Strafe.

b) Hinsichtlich der objektiven Richtung kann man sicher das bloße Schlagen, und die Verwundung an Fleisch und Knochen unterscheiden. Bei dem Schlagen kömmt es auf die Folgen an, denn schon die italienischen Juristen haben bemerkt, daß die Gefahr der Folgen zu einer peinlichen Strafe führen könne, z. B. bei Nervenzufällen und bleibendem Unwohlseyn. Man kann hier freilich nicht auf das römische Recht sehen, welches jeden Angriff auf den Körper zur injuria atrox und zur vis privata stellt,

---

[1]) Wir glauben nicht, daß dasselbe durch ein geschriebenes Gesetz begründet seyn müsse. Andere wollen freilich jede polizeiliche Strafe nur auf buchstäbliche Drohung anwenden. Unsere Praxis ist gewiß entgegen, und gebraucht dann oft den Beisatz bürgerliche Strafe statt disziplinarische.

schon, weil die Rechtswirkungen des römischen Rechts oft gelinde sind, und jedenfalls Alles von der **accusatio** oder **actio** abhängig war. Auch hat sich der deutsche Gerichtsgebrauch darin der germanischen Rechtsentwickelung gemäß gehalten, daß die Schlägereien ohne bleibenden Erfolg und ohne Verwundung zu den Disziplinarfällen und zum Reforte der civilrechtlichen Cognition mit der **actio injuriarum** und **damni injuria dati** immer gestellt wurden. Blutende Fleischwunden aber, zumal wenn sie mit einem lebensgefährlichen Instrumente (**armis**) zugefügt werden (**vis publica**) sind nach römischem und deutschem Rechte der öffentlichen Strafe verfallen, wobei allerdings noch einige Rücksicht auf die Größe der Verwundung zu nehmen, denn schon die italienischen Juristen haben gelehrt, daß **vulnuscula** die öffentliche Bestrafung nicht nach sich ziehen. Bei Knochenverletzungen und dem Unbrauchbarmachen ganzer Glieder kömmt es auf das Instrument nicht an.

III. Eine große Wichtigkeit hat die Frage, ob der Richter hier überall **ex officio** verfahren oder den Antrag des Verletzten, oder der sonst juristisch Interessirten abwarten muß. Ist das Delikt von der Art, daß nur als Injurie oder als **vis privata** dasselbe angesehen werden kann, so ist kein Grund da, von Amtswegen vorzuschreiten, außer etwa disziplinarisch; denn sowohl die **actio** als **accusatio injuriarum** kann nur von dem Verletzten oder demjenigen geschehen, der ihn vertreten und vertheidigen muß, und bei der **vis privata** ist oben gezeigt, daß eine Nachbildung zum **judicio privato** immerhin noch angenommen werden soll. Dagegen in den Fällen, welche sich zur **vis publica** eignen, z. B. bei der Verwundung durch Waffen, **coactis hominibus** ist allerdings das Vorschreiten **ex officio** begründet, da **quilibet ex populo** hier accusiren konnte.

IV. Da die Bestimmung der Strafe durchaus arbiträr ist, so versteht sich, daß eine Menge Nebenrücksichten genommen werden dürfen, die hier gar nicht alle dargestellt werden können, z. B. welche persönliche Verhältnisse zwischen dem Verletzer und Verletzten vorkommen, bei welcher Gelegenheit das Delikt begangen ist; wie subjektiv und objektiv gefährlich und böslich sich der Handelnde und die Handlung gezeigt hat; inwieweit der Verletzte selbst Schuld war, und inwieferne er ebenfalls Gewalt gebraucht hat, ob die Handlung nur als Exceß einer an sich

erlaubten Abweisung vorkömmt u. s. w. In solchen Dingen sieht man am besten, wie eine Kodifikation in der modernen Ausdehnung immer den Zweck, welchen sie sich vorsezt, Prinzip und Kasuistik, Konsequenz und Billigkeit neben einander entwickeln zu machen, verfehlen wird.

Drittes Kapitel.

Von den übrigen unrechtlichen Angriffen auf Persönlichkeit (Injurien).

Einleitung.

§. 95.

So lange das Recht eines Volkes nicht zugleich mit der gesammten Ausbildung des Volkes zur vollständigen innern und äußern systematischen Entwickelung gekommen ist, muß es immer nur, wie eine große Landschaft, nach einzelnen Bildern erscheinen, und liegt nicht in einer umfassenden kolorirten Karte, wo die Grenzen ineinanderfließen, vor uns. Also stehen in den XII Tafeln und in den alten Gesetzen der Germanen Scheltungen und Verleumdungen gewissermaßen als die einzigen Formen jenes Personalangriffs da, welcher nicht Gewalt und Mord ist. Auch noch jezt zeigt sich nicht selten diese enge Bedeutung von Injurien. In der andern Richtung aber, welche von den römischen Juristen angenommen war, ja, die früher die Jurisprudenz des Prätors schon kannte, schließt der Begriff „injuria“ den Kreis der Unrechtlichkeiten an der Person ab und bedeutet hiernach jede Unrechtlichkeit an der Person, die gerichtlich verfolgt werden kann, und welche nicht in ein spezielles judicium fällt. In dieser Richtung tritt dann auch der Gegensatz zu den Angriffen auf die sachlichen Rechte in dem damnum injuria datum recht bestimmt hervor, welches in eben der Richtung das System der Angriffe auf die sachlichen Rechte abschließt, wie die reine injuria das andere. Es wird dieß im nächsten Hauptstück ganz besonders hervorgehen aus den

Begriffen furtum rapina und dem damnum injuria datum. Ebendeßhalb ist kein Zweifel, daß man, wie jezt auch die Engländer in ihren Kodifikazionsversuchen thun, die Delikte gegen Privatpersonen wie das Privatrecht selbst nach den Angriffen auf das jus personarum et rerum bestimmen kann. Nur muß man nicht übersehen, daß die öffentlichen Interessen bei den Gewaltthaten und Fälschungen überall eingreifen, und daß in dieser Richtung manches Verbrechen in ein anderes Kapitel gebracht wird.

In dieser Beziehung der Injurien als solchen Angriffen auf die Persönlichkeit, welche nicht in ein anderes delictum fallen, kann man nicht einmal die allgemeine oder subsidiäre Bedeutung von der besonderen und selbstständigen unterscheiden, indem man irgend einen wesentlichen Unterschied auffände; sondern man kann nur sagen:

1) gewisse Erscheinungen der Injurien, auch ohne vis verübt, treten durch Wort, Schrift, Bild oder simbolische Handlung als direkte Angriffe der Person eines Andern hervor,

2) andere haben bloß den Stempel eines nicht gewaltsamen, aber dolo molo geschehenen Unrechts an der Person, z. B. l. 15. pr. D. 47. 10. Item apud Labeonem quaeritur, si quis mentem alicujus medicamento aliove quo alienaverit — injuriarum adversus eum agi posse. Hieher gehören auch alle corruptiones morum.

In dieser unterscheidenden Charakterisirung kann man aber nicht etwa sagen, daß die direkten Kränkungen schwerer seyen als die indirekten, sondern es kömmt hier Vieles auf Umstände und Erfolg an; es finden daher auch die verschiedenen Rechtsmittel der Injurien in dem einen und andern Falle statt, und so erklärt es sich auch am besten, warum aus dem praktischen Standpunkte Scheltworte, Verläumdungen und andere Verderbniß geistiger und sittlicher Interessen von einander gar nicht unterschieden werden können.

Nur zwei Dinge muß man bei allen Untersuchungen über Injurien wohl im Auge halten:

1) daß ein Theil derselben mit Gewaltthat, ein anderer mit heimlicher Intrigue und Fälschung konkurrirt, so z. B. in lezterer Hinsicht die Verläumdung gewöhnlich etwas von falsum an sich hat; allein alle Angriffe sind neben der objektiven Gefahr

mehr oder weniger durch die Handlungsweise verschiedenartig schattirt, ohne daß dadurch gerade das Wesen des Verbrechens geändert wird;

2) daß man sehr genau in der Rechtsgeschichte der Völker die Art und Weise untersuchen muß, auf welche sie nach der Rechtsquelle und Gelegenheit die juristischen Ansichten über Injurien erweitert und ausgebildet haben, denn wenn immerhin etwas Allgemeines und Ethisches zu Grunde liegt und den Faden der Fortentwickelung mitspinnt, so ist doch nicht weniger Vieles auch von rein historischen Zufälligkeiten gerade hier abhängig, wo das System des Rechts an einen Auslaufpunkt gekommen ist.

A. Römisches Recht.

§. 96.

I. Von der Lex Cornelia und von der Zusammenstellung im Edikt.

Injuria autem comittitur non solum, cum quis pugno pulsatus, aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicujus quasi debitoris sciens eum nihil debere sibi proscripserit; sive quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit; sive quis matremfamilias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis [1]).

In dieser Stelle werden die körperlichen Angriffe auf die Person sichtbar höher gestellt, als die andern; sowie dieß immer der Fall seyn wird, wenn das Wort und seine Unterlage, des Menschen Gedanke, an Werth verliert, weßhalb daher auch in den ältesten Zeiten der römischen virtus es gerade umgekehrt war, daß die wörtlichen Kränkungen als Kapitalverbrechen angesehen wurden, was bei körperlichen Angriffen nicht der Fall war. **Si quis occentassisset** [2]**), sive carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri** [3]**)**“ der sollte nach den **XII** Tafeln, die nur sehr wenige Sachen zu Kapitalsachen erklärt

---

[1]) Gajus III. 220.

[2]) Occentare heißt nach *Festus* convicium facere.

[3]) Dirksen S. 507 ff.

hatten, de capite gerichtet werden, d. h., er sollte das caput civitatis verlieren, improbus und intestabilis seyn, was aber nur in einem judicio publico vorgehen konnte. Einige haben auch behauptet, daß solche Injurianten schon nach den XII Tafeln gegeißelt worden seyen, was dann also angesehen werden müßte [1]), daß dieß noch eine Nebenfolge der Kapitalstrafe war; Andere gestehen, daß man nicht recht wisse, wie das Bruchstück der XII Tafeln und die Zeugnisse der Alten darüber zu erklären seyen. Soviel nämlich ist nur sicher, daß auch die wörtlichen und sonst in Schmähungen beruhenden Injurien bald in judicio privato mit einer Aestimationspön verfolgt wurden, vielleicht, weil die XII Tafeln unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der contumelia diesen Weg ausdrücklich frei gegeben hatten (si injuriam faxit alteri 25. aeris poenae sunto). Immerhin aber blieb der Haß gegen Schmähschriften und carmina infamantia, wie wir später aus dem Benehmen des Senats erkennen werden, und wie sich dieser Haß bis herunter auf die Imperatoren erhalten, ja hier im Geiste ihres despotischen Regiments eine neue Nahrung gewonnen hat.

Auch ist wichtig, daß man durch die ganze römische Rechtsgeschichte hindurch die körperlichen Angriffe von den andern aus vielfachen Rücksichten getrennt behandelt hat, wenn auch der, beiden, gemeine Begriff, sowie die, beiden, gemeinen Rechtsmittel in judicio privato zu beachten sind. So hat das Gesetz des L. Cornelius Sulla offenbar nur die körperlichen Angriffe und die Störung des Hausfriedens verpönt [2]), und wahrscheinlich neben dem judicium de vi auch ein judicium privatum ausdrücklich begründet, welches schon in der gesetzlichen strengen Fassung und der daraus folgenden Wirksamkeit und Dauer Manches vor dem auf dem Edikte beruhenden judicio voraus haben mochte.

Das Römerthum scheint indeß in der Zeit seiner republikanischen Entwickelung viel zu viel Ernst gehabt zu haben, als daß giftige Angriffe auf der Bürger Ehre häufig gewesen, und jene Zeit ist daher gewiß das Gegenstück zu der modernen Freiheit

---

[1]) Cornutus zu Persius Satyr. I. v. 137. Dirksen S. 511.
[2]) L. 5. D. 47. 10.

auch in diesem Punkte. Das Ansehen eines pater familias, die Achtung einer matrona, der Schutz, welchen die Familie in dem Ansehen ihres pater fand, mit einem Worte, das so glücklich für das öffentliche Wohl gehobene Familienansehen waren Schild und Schirm gegen Muthwillen und Bosheit, die beste Stütze einer ernsten Volksmoral. Und so scheint auch lange Zeit Nichts weiter nöthig gewesen zu seyn, als das judicium privatum, dessen Grundsätze sich im Edikte daher so umständlich ausbildeten.

§. 97.

Die Restitution aus dem treffenden Pandektentitel führt an folgende Sätze:

1) Qui agit injuriarum, *certum* dicat. *quid injuriae* factum sit.

Auf diesen Satz gründete sich die Lehre von dem praejudicio, z. B. in Beziehung auf die judicia de sicariis, vi [1]) — ferner die Frage, ob die Klage überhaupt begründet sey, da in gewissen Fällen, z. B. wenn der libertus gegen den patronus klagen wollte, eine nicht unbedeutende Injurie vorhanden seyn mußte [2]) — ferner der Unterschied von injuria atrox und levis, welches der praktisch wichtigste im römischen System immer geblieben ist [3]) — endlich die Lehre von der aestimatio. An diese Stelle schloßen sich sofort die Entwickelungen der Gelehrten über die Theilnahme an Injurien durch Rath und That, über mittelbare Injurien u. s. w. Ja es ist wahrscheinlich, daß die Ausdehnung der Injurienklage auf diejenigen Fälle, wo weniger eine Ehrenkränkung als eine absichtliche Rechtsverletzung vorlag, und noch kein materieller Schaden gestiftet, also eine Klage anderweitig nicht begründet war, auf dem Grunde jener ganz allgemeinen Aufstellung des Edikts vor sich gegangen ist, denn Ulpian knüpft diese Fälle unmittelbar an die Interpretation dieser Ediktsstelle [4]). Endlich sollen auch Beschädigungen des Geistes mit dem

---

[1]) L. 7. §. 1. D. h. t.
[2]) L. 7. §. 2. 3. D. eod.
[3]) L. 7. §. 7. l. 8. 9. D. eod.
[4]) L. 13. §. 7. D. h. t.

judicio injuriarum verfolgt werden können, was nicht minder zeigt, daß dieses judicium das allgemeinste war, und um so subsidiarischer, als das damnum injuria datum durch die lex Aquilia einer civilrechtlich strengen Beschränkung unterworfen war, und daher das der Jurisprudenz des Prätors freigegebene judicium injuriarum darneben leicht ausgedehnt werden konnte.

2) Qui adversus bonos mores *convicium* cui fecisse, cujusque opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum judicium dabo.

3) Ne quid *infamandi causa* fiat: siquis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.

Die erste Stelle geht auf die üblen Nachreden, die in Beziehung auf eine Person unter das Volk gebracht werden, und das Wesen der üblen Nachrede ist durch Beziehung auf die boni mores hinlänglich bezeichnet, die verleumderische Verbreitung aber durch eine laute Aeußerung vociferatio im Gegensatze der vertraulichen Mittheilung gut charakterisirt [1]).

Die andere Stelle bezieht sich ganz allgemein auf alle Ehrenkränkungen, sie geschehen, auf welche Art sie wollen, und enthalten also nicht bloß die wörtlichen, sondern auch alle diejenigen, von welchen die Römer sagten, daß sie re geschehen. Nicht, wie Labeo meint [2]), weil der Prätor nicht laut und speziell genug auf diesen Punkt habe aufmerksam machen können, sondern deßhalb, weil er hier in der Form und Sache ein ganz freies Recht ausdrücklich vorbehalten und sichern wollte, hat er die Stelle prout quaeque res erit, animadvertam, in das Edikt geschrieben. Hiernach konnte er selbst extra ordinem kognosciren, einen judex oder arbiter geben, oder recuperatores aufstellen, kurz alle Formen des Prozesses wählen, und was in solchen Punkten das Wichtigste ist, den Zweck des Prozesses der Form und Sache nach rein im Auge haben [3]). Leider sind uns gerade diese so viel aufklärenden prozessualischen Richtungen vielfach und zwar in der Pandektenkompilation ganz verloren gegangen.

---

[1]) L. 15. D. h. t.

[2]) L. 15. §. 26. D. h. t.

[3]) Sell, die Recuperatio der Römer S. 418, meine Recension dieser Schrift in den Heidelberger Jahrbüchern vom Jahre 1837, siehe auch arbitratu judicis l. 17, §. 5, D. h. t.

4) Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deque eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo: item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita jud. dabo.

Nirgends konkurrirten mehr Rechtsmittel als in diesem auf die Sklavenwelt sich beziehenden Punkte, die wir lange nicht genug kennen. Vorerst ist zu bemerken, daß ursprünglich an einem servus eine Injurie gar nicht begangen werden konnte, sondern nur a., entweder durch ihn an seinen Herrn, oder b. so, daß eine Entschädigungsklage stattfand, und ebendaraus folgt, daß gegen eigene Sklaven der Willkür Alles geöffnet war, und so allmälig die **saevitia dominorum** zu einer eigenen Rechtslehre wurde [1]). Sofort aber sollte dann auch eine Injurie gegen den eigenen und fremden Sklaven möglich seyn, aber natürlich dasjenige, was in Beziehung auf eine freie Person Injurie war, sollte es nicht ebendeßhalb auch gegen den Sklaven seyn. Das Edikt erklärt, daß **verberare contra bonos mores** — also ein Mißhandeln [2]), ferner eine Gewaltausübung durch unrechtliche Quästion immer eine Injurie sey; für die übrigen Fälle aber behält sich der Prätor die Entscheidung durch ein Dekret vor (**causa cognita**). Wenn ein Sklave einen Freien injurirte, so nahm dieser sich entweder selbst Satisfaktion, wenn er **ex moribus** es rechtfertigen konnte, oder klagte **noxaliter**. Wenn ein Sklave einen andern Sklaven injurirte, so heißt es in **l. 18. §. 1. D. h. t.:**

Si servus servo fecerit injuriam, perinde agendum, quasi si domino fecisset.

Dieß heißt doch wohl nur so viel, daß der Herr die Injurie seines Sklaven verfolgen kann, und wobei der Herr des Injurirenden nach der immerhin hier geringer zu nehmenden aestimatio des judicii haften muß.

5. Si ei, qui in alterius potestate erit, injuria facta esse dicetur; et neque is, cujus in potestate est, praesens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui injuriam accepisse dicetur, jud. dabo [3]).

---

[1]) Siehe darüber vorzüglich die Collatio Ausgabe von **Blume** pag. 23 ff.
[2]) **L. 15. §. 38. D. h. t.**
[3]) **L. 17. §. 10. D. h. t.** Die ganze Stelle kann natürlich auf den

Dieser Satz des Edikts könnte uns weit abführen; es haben nämlich aus Rücksicht der Gewalt und des juristischen Schutzrechts Vater und Mann die actio injuriarum wegen Kinder und Frau, und darneben hat einmal die Frau, wenn sie eine persona sui juris ist, die Klage für sich selbst, und die der Gewalt Unterworfenen haben die Klage in subsidium nach dem vorliegenden tenor des Edikts. Dieß „in subsidium“ ist übrigens nicht so zu verstehen, daß dadurch die Rechte des Gewaltherrn beeinträchtigt würden, denn es ist wichtig genug, daß bei der Injurirung einer Ehefrau diese selbst, deren Mann und deren Vater die Injurienklage nebeneinander anstellen, und zwar Jeder in seinem Interesse anstellen dürfen.

Es gehört nicht in diesen Umriß, die einzelnen Richtungen der prätorischen Jurisprudenz in unserer Lehre zu verfolgen, zumal man oft nicht einmal sicher weiß, was davon ihr selbst, und was der darnach gegründeten späteren Jurisprudenz der Juristen angehört.

II. Seit der lex Cornelia und der Zusammenstellung im Edikt.

§. 98.

a. Vor der Veränderung des ordo judicii.

a. Vom judicium publicum.

Es gab keine allgemeine quaestio de injuriis und damit kam sicher der Gedanke der Verfolgung der Injurien mit Kapitalwirkung in den Hintergrund, und nur für einzelne Beziehungen frischte der Senat, welcher Quästionen für gewisse Fälle anzuordnen in seiner Macht hatte, und welcher auch wie das Edikt des Prätors die Fälle in abstracto faßte, das judicium publicum auf. Hieher gehört dann hauptsächlich dasjenige Verhältniß, was sich durch die Zeit der ganzen römischen und neueren Geschichte als besonders gefährlich gezeigt hat, nämlich die durch Schrift verbreitete Injurie oder injurirende Ironie.

L. 5. §. 9. 10. D. h. t.

Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid

---

servus nicht bezogen werden, der in der klassischen Zeit kein jus standi in judicio hatte.

eorum fieret: etiam si alterius nomine ediderit, vel sine nomine, uti de ea re agere liceret; et si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilis ea lege esse jubetur.

Eadem poena ex Senatus-Consulto tenetur (etiam) is, qui ἐπιγράμματα id est inscriptiones aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumque curaverit.

Unter unſerem Ausdrucke „Ironie“ ſind dann alle Zerrbilder, injurirende Witze in gebundener und ungebundener Rede, alle ſymboliſche Angriffe u. ſ. w. verſtanden. Dabei wurde, wenn das öffentliche Intereſſe betheiligt iſt, zur Anzeige des ſich verſteckenden Verfaſſers eine Belohnung ausgeſezt [1]), und ſoferne ſich ein Ankläger im Privatintereſſe nicht finden konnte, ſo ſollte dennoch eine ſolche Injurie nicht ſtraflos bleiben, vielmehr nach einem Senatsbeſchluſſe publica quaestio und folglich auch das Recht eines Jeden zu accuſiren eintreten [2]).

Hauptſächlich aber iſt zu bemerken, daß die quaestiones Corneliae in das Gebiet der Injurien einigermaßen eingriffen, namentlich de homicidio, zumal auch die in irgend einer That hier hervortretende lebensgefährliche Tendenz hiernach beſtraft wird, ferner de vi, wobei jede Höhnung coactis hominibus oder unter der Ausſicht des Gebrauches der Waffen, alſo jede dergleichen durch Injurien geſchehene Provokation zu dieſem judicium publicum gerechnet, und weßhalb ſo oft geſagt wird, daß die privata causa durch die publica präjudicirt werde [3]).

β. Vom judicium privatum.

Diejenigen Fälle, wo eine Konkurrenz mit den Corneliſchen Geſetzen möglich war, ſcheinen in dem Ausdrucke injuria atrox zuſammengefaßt zu ſeyn [4]), und allerlei Folgen für die injuriae

---

[1]) L. 5. §. 11. D. h. t.

[2]) L. 6. D. h. t.

[3]) L. 7. D. h. t.

[4]) Allerdings muß man unterſcheiden die injuria atrox ex causa und ex persona, denn die leztere iſt offenbar ein ſpäterer Anhang l. 4. cod. 9. 35. Im Uebrigen iſt auf der Unterſcheidung der injuria atrox und der einfachen Injurie die ganze Ausbildung dieſer Lehre vor ſich gegangen, nur hat der Begriff injuria atrox zu verſchiedenen Zeiten eine verſchiedene Bedeutung.

atroces machte sich von der Zeit an geltend, wo nicht mehr so streng an dem alten ordo judicii und auch nicht mehr so streng an den Eigenthümlichkeiten der quaestio publica und des judicii privati gehalten wurde [1]). Im Uebrigen war das judicium privatum die Regel, so daß man das System der Privatdelikte mit diesem judicio schloß, so lange Bücher über römisches Recht geschrieben wurden [2]).

§. 99.

b. Nach der Veränderung des ordo judicii.

1) Eine Menge zusammenwirkender Umstände, die die lezten Spuren der alten römischen Einrichtungen vernichteten, brachten es unter Constantin dahin, daß alle Formen der Ausübung der Staatsgewalt anders wurden. Es war ja nicht mehr der civis Romanus, nicht mehr Rom, nicht mehr der auf Volksrechte eifersüchtige Tribun, nicht mehr die Trennung und der Wechsel der Magistraturen, nicht mehr der mitverwaltende Patriotismus der Einzelnen, nicht mehr der Stolz des Familienregiments — Nichts mehr von Allem da, was das alte judicium publicum beschränken, und das privatum frei machen konnte. Also mußten die kaiserlichen Beamten gar viele vices der früheren Privatwirksamkeit ausfüllen, in das judicium domesticum eingreifen, und das öffentliche Wohl ex officio vor Augen haben, daher erklärt sich z. B., daß der magistratus denjenigen, welcher aus der Injurienklage auf Geld sich nichts macht, weil er keines hat, anderweitig strafen darf [3]), wenn es eine injuria atrox ist; daß er die Unbild an öffentlichen Personen, ganzen Gemeinden ohne Weiters verfolgt, und daß er überhaupt über Sklaven und niedere Personen ohne Weiters öffentliche Strafen verhängt. Auf diese Art aber nicht als gesetzlich ausgesprochene Regel, sondern als nach den Umständen modifizirte Praxis ist das judicium publicum injuriarum in unserm corpus jur. civ. sehr ausgedehnt worden [4]). Als eine unsere Ansicht

---

[1]) L. 35. 40. D. h. t.

[2]) L. 7. Cod. h. t. Injuriarum causa non publici judicii, sed privati continet querelam (gerade vor der Veränderung der Prozeßform unter Diokletian und Maximian).

[3]) L. 35. D. cod.

[4]) L. ult. D. h. t.

ganz erklärende Richtung aber erscheint die Konstitution des Kaisers Zeno [1]), wornach, wenn auch gegen Angesehene oder von Angesehenen ein **judicium criminale**, was jezt **publicum** bedeutet, erhoben wird, Alles durch Prokuratoren soll verhandelt werden dürfen, was in andern **judiciis criminalibus** keineswegs stattfand.

2) Wie wenig die **actio legis Corneliae civilis** bei solchen Ansichten in Uebung blieb, beweist der Umstand, daß Marcianus ausdrücklich daran erinnern muß, wie auch diese Klage noch stattfinde [2]), und dieß ist sehr natürlich, weil das Fundament dieser Klage immer eine **injuria atrox** war, von der es heißt: **extra ordinem statui solet.**

3) Das prätorische Recht bestand freilich fort, denn in der That ist die Entwickelung der römischen Juristen über die Injurien meistens in der Richtung auf das Edikt gemacht, wie der ganze Pandektentitel beweist; daneben kommen nur einige von den Juristen erfundene Unterscheidungen, ferner einige aus den praktischen Schriften genommene Bemerkungen vor. Dabei hüteten sich die römischen Juristen durchaus auf dasjenige einzugehen, was die neueren Darstellungen so breit macht, nämlich auf den sogenannten objektiven Thatbestand der Injurien, vielmehr sie beriefen sich hier allein mit dem Prätor auf die **boni mores** im Volke und führten nur einzelne Fälle feinerer Art auf, namentlich solche, wo unter dem Schein des Rechts eine Injurie geschieht [3]). Das Benehmen der Neueren, ein Prinzip für den objektiven Gehalt der Injurien finden zu wollen, ist hier gerade so verfehlt, als wenn die neueren, namentlich französischen Juristen in Abhandlungen über **usus fructus** die ganze Frage über Oekonomie im Leben unter die juristischen Sätze mischen. In der Frage über dasjenige, was ein infamirender oder injurirender Vorwurf sey, ist das wenigste juristisch.

B. Kanonisches Recht.

§. 100.

Das kanonische Recht unterscheidet die Injurien **re, verbis et literis**, und will, daß derjenige, welcher einen **famosum**

---

[1]) L. ult. cod. h. t.

[2]) L. 37. §. 1. D. h. t.

[3]) Z. B. l. 19. 20. D. h. t.

libellum findet, und nicht gleich vernichtet, sondern vielmehr verbreitet, ebenso, wie der auctor bestraft werde [1]).

Was aber die Strafe betrifft, so trat natürlich vor dem geistlichen Richter die censura ein, die in einem und dem andern Falle mit der monitio canonica abging. Aus derselben ist offenbar unsere Lehre vom Verweise entstanden. Außerdem konnte man die censura abwenden durch die geistige Komposition in der Abbitte oder dem einfachen Widerrufe. Offenbar sind diese Institute nach Analogie der Lösung der weltlichen Strafe durch compositio im ächt biblischen und geistigen Sinne entstanden, und in den spätern Zeiten, wie so Vieles aus den geistlichen Gerichten in die weltlichen übergegangen. Im Uebrigen gehört die Ausbildung dieser Lehre als juristische ganz dem Gerichtsgebrauche an [2]), weßhalb sie so lokal und schwankend aller Orten geblieben ist. Wenn auch deutsche allgemeine Reichsgesetze von Abbitte, Widerruf und von der Ehrenerklärung sprechen [3]), so bezeugen sie nur, daß zu ihrer Zeit eine allgemeine Ueberzeugung von der Statthaftigkeit dieser Mittel bestehe; sie führen aber nicht das Geringste über den darüber stattfindenden Prozeß und über die Natur des Rechtsmittels aus, so, daß es immer wahr bleibt — es komme hier Alles auf den Lokalgerichtsgebrauch an.

C. Germanisches Recht.

§. 101.

I. Recht der gemeinen Gewohnheiten (Landrecht).

Dieses blieb sich ziemlich gleich von der Zeit der alten leges bis in die Zeit der Spiegel und noch später; d. h. sowohl die Vorstellungen über das, was eine Schelte sey, als die Bestrafung war dieselbe. In der ersten Hinsicht dürfen wir nur auf den XXXII. Titel der lex sal. emend. verweisen, wo sehr speziell die gebräuchlichen Scheltungen angegeben, und die Taxe für jede bestimmt ist, z. B. wer den andern cenitus [4]) schimpft 15

---

[1]) *Lancelotti* institut. jur. can. lib. IV. tit. 11.

[2]) Dieser hat aber seine Quelle immer heilig gehalten, indem gewöhnlich erkannt wurde „auf eine christliche Abbitte." Carpzow part. II. qu. 94. §. 18.

[3]) Z. B. Reichsschluß v. 19. Sept. 1668 (Senkenberg IV. 56.)

[4]) Ueber dieß Wort, vielleicht cinaedus siehe besonders Eccard ad leg.

sol. — concagatum, vulpeculam, 3 sol. leporem 6 sol. delatorem falsatorem 15 solid. und ein Weib meretricem 45 sol. — andere Schimpfworte der späteren Zeit führt Grimm in den Alterthümern S. 643 zur Genüge auf, wo besonders wichtig der Vorwurf der Unfreiheit, unehelicher Geburt, der Mißgestalt und allgemeiner Schlechtigkeit. Diese Vorwürfe gehören offenbar schon einer späteren Zeit an, wo sich mehr abstrakte Ansichten vom Leben und Menschen entwickelt hatten. Kam es über solche Dinge zur Klage in jenen Zeiten, wo sich schon eine gewisse allgemeine Handhabung des Landrechts durch Gerichte gebildet hatte, so ging der Antrag auf eine dem Wehrgelde des Geschimpften entsprechende Summe, wie wir besonders aus der Glosse zum Sachsenspiegel sehen [1]), in welche sich freilich schon die römische Idee von der **actio aestimatoria** verschlungen hatte, indem dargestellt wird, daß in beiden Beziehungen eigentlich dieselbe Idee zum Grunde liege.

§. 102.

II. Recht der Städte.

In solchen Verhältnissen ging die Weiterbildung des so innig mit der ganzen Kultur und den Sitten zusammenhängenden Rechts hauptsächlich von den Städten aus und zwar in der doppelten Hauptbeziehung, nämlich des Thatbestandes und der Strafe. Wir verweisen hier wieder auf die Speier'sche Satzung vom Jahr 1328, die gleich so anfängt:

Wer ein Mensche wider seine Christenheit schiltet und ihn nennet eins Pferdes Sun oder eines Hundes oder eines andern Viehes der git fünf Schilling Spirscher dem Burgemeister als dick er das thut u. s. w.

Es war also schon damals die öffentliche Geldstrafe wegen Schimpfungen in den Städten eingeführt.

Dabei ist merkwürdig, was aber nicht minder im Landrechte vorkömmt, daß solche Scheltungen, weil die Strafe nicht an Hals und Hand ging, zu den niedern Straffällen gerechnet, und in

---

sal. pag. 64, wo er glaubt, es bedeute einen weichlichen, weibischen, zu jeder Schändlichkeit der Wollust fähigen Menschen.

[1]) Ad II. 68.

der Regel auch nur auf Antrag des Geschimpften gestraft wurden, denn schon damals gab es Fälle, wo zwar nur gerügt, aber der Antrag des Betheiligten nicht abgewartet wurde.

Dieses polizeiliche Verhältniß hat sich natürlich in den Städteordnungen der späteren Zeit mit Einschluß der sogenannten Reformationen immer mehr ausgebildet. Dabei entstanden die sonderbarsten Fragen, z. B. wenn auf ein Schimpfwort eine bestimmte Strafe gesezt war, ob, wenn Jemand dieß Schimpfwort in einem Athem mehrmals ausgestoßen, oder ähnliche Schimpfworte kumulirt hatte, auch die Strafquanta hiernach addirt werden müßten [1]).

§. 103.

III. Recht der Stände.

Da das Personenrecht in Deutschland hauptsächlich nach den Ständen sich ausgebildet hat, so ist erklärlich, wie die Angriffe auf die Persönlichkeit hiernach verschiedene Rechtsgewohnheiten erzeugten. Die **homines ingenui militari gente** zogen Alles nach Frankenrecht gleich in das Landgericht, in das Kampfrecht, und offenbar hängt damit das Duellwesen der neueren Zeit zusammen. Derjenige, der ein **convicium** gebraucht hatte, sollte den Grund seiner Rede mit dem Schwerte beweisen oder ihm unterliegen. Die Geistlichen und Gelehrten dagegen beriefen sich auf eine andere Gewohnheit, **ad satisfactionem honoris** durch Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung, und wenn man auch lange zugab, daß nicht ein weltlicher Richter, ja auch nicht einmal der **judex ecclesiasticus externus** darauf kondemniren könne [2]), und daß nur in Spanien bei fünf Schimpffällen (**leprosus, sodomita, haereticus, proditor et cornutus**) ausnahmsweise dieß der Fall sey, so war man doch in den deutschen neugeordneten Gerichten, wo das Kampfrecht nicht mehr statuirt werden konnte, sehr geneigt, auf diese **reparatio honoris** einzugehen, da das Kompositions- und Aestimationssystem von den höheren Ständen nicht angenommen werden wollte [3]). Die Zunftgenossen in den Städten

---

[1]) *Clarus* sub voc. injur. Nr. 10.

[2]) *Clarus* l. c. §. 47.

[3]) In den Reichsgerichten wurde die Sache so angesehen. S. oben.

machten Beschimpfungen untereinander vor ihren Zunftgerichten aus, und zwar nach dem hierauf angewendeten Rügerechte, und verhängten entweder Strafen in die Lade, oder schloßen selbst von den Zunftrechten aus; hier aber mochte besonders die sogenannte **exceptio veritatis** eigene Bedeutung haben, weil dieß im Interesse der Disziplin über die Zünfte, und der Ehrenhaftigkeit der Zunftgenossen war. Wenn das deutsche Zunftrecht einen Schriftsteller hätte, so würde ihm dieser Umstand gewiß nicht entgangen seyn. Besonders in dem Punkte der äußeren Ehre lernte man in Deutschland immer kennen, daß der Leibeigene und andere Dienstmann, bäuerlicher Ländereien (Dorfer) wirklich „zu den armen Leuten“ gehörte, denn es war ein Vorrecht der Herren und Vornehmen, diese zu beschimpfen. Und wenn auch offenbare Vorwürfe von Verbrechen solche Leute sich gefallen zu lassen nicht schuldig waren, so fehlte es zu oft am Muth und am Gericht, als daß nicht in dieser Beziehung eine Rechtlosigkeit faktisch vorhanden gewesen wäre, womit denn auch das Ehrgefühl dieser Leute immer mehr abgestumpft wurde.

D. Schriften der Juristen.

§. 104.

Die Italiener sahen theils auf das Statutarrecht, theils auf das römische Recht. Im ersteren fanden sie ein auf dem städtischen **bannus** gebildetes Polizeirecht, das sie geschichtlich nicht begriffen, und daher nicht zu erklären und zu behandeln wußten; im leztern aber fanden sie eine buchgelehrte dem Leben nicht gut anwendbare Darstellung, die sie freilich als Gelehrte möglichst zu erhalten suchen mußten. Dabei begriffen sie aber auch das Verhältniß der **publica quaestio** und der Privatjudicia nicht, und noch Clarus trägt als eine Eigenthümlichkeit vor, daß der Injurienprozeß immer noch nur auf Anrufen des Injurirten stattfinde, während er sich allein auf die als Regel im römischen Rechte stehen gebliebene Ansicht vom **judicium privatum** hätte berufen können [1]).

---

[1]) Am meisten hat über die Injurien unter den Italienern Bonifacius, aber er wirft den allgemeinen Begriff der absichtlichen Rechtsstörung und den Begriff des convicii und der infamatio untereinander und versteht das römische Recht, an welches er sich allein hält, nicht.

Schon andere haben bemerkt, z. B. Wächter, daß sich auch unser Carpzow hier nicht hat vorwärts wagen wollen, der noch dazu die auf dem Ständerechte beruhenden mores, die eigentlich allein den Thatbestand der Injurie herstellten, nicht auffaßte.

Keine Lehre ist bis auf den heutigen Tag in größerer Konfusion als die Lehre von den Injurien. Als man nämlich einsah, daß die Sitte der einzelnen Stände hier entscheidend sey, wollte man doch Alles aus dem römischen Begriffe der **dignitas civis** oder **existimatio** erklären [1]), der überall gar nicht hieher, nicht einmal in die römische Injurienlehre gehört [2]). Man sprach daher von der Ehre als einem objektiven Gut, ähnlich dem Rechte auf äußere Güter als Eigenthum, und sah die Injurie als eine Entwendung der Ehre an [3]). Weil aber in Deutschland höhere und niedere Stände waren, so nahm man eine gemeine und eine höhere Ehre an, und glaubte so den Ständeverhältnissen genug gethan zu haben. Als die Gedanken der allgemeinen Menschenrechte Wurzel schlugen und kosmopolitische Güter erfunden wurden, nahm man auch eine allgemeine Menschenehre an, allein es ist genugsam bewiesen, daß mit allen diesen Vorstellungen die Lehre von den Injurien nicht um einen einzigen Schritt gefördert, vielmehr das positive Recht gänzlich unverständlich gemacht worden ist. Das Uebel nämlich war hauptsächlich das, daß wenn schon von den Glossatoren an nicht einmal das römische Recht gehörig verstanden wurde, z. B. das Verhältniß der **lex cornelia** zum prätorischen Recht [4]), und die deutschen Gewohnheiten gar nicht untersucht wurden, durch die eigenmächtige Konstruktion des Begriffes von Ehre sogar die

---

[1]) L. 5. §. 2. D. 50. 13.

[2]) Hierin fehlen Alle, auch die Neuesten, z. B. Walter, Wächter, Mittermaier, und nur Weber bleibt in seiner Art naturrechtlich praktisch. Wenn in den Pandekten die Injurie als ein Angriff auf die dignitas matronae dargestellt wird, so sieht man klar, daß hier unter dignitas etwas anders verstanden seyn muß; nämlich, wie es Cicero meint: de invent. II. 55 dignitas est alicujus honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas.

[3]) Ehrendieb, Carpzow part. II. qu. 94.

[4]) Man sehe die Irrthümer bei Clarus über die Klage ex lege cornelia hinsichtlich der Dauer u. s. w.

richtigen Ansichten untergingen, die von den **conviciis** und **infamationibus** im römischen Rechte liegen, und die der Natur so entsprechen, daß sie in den ältesten Zeiten des römischen Rechts sowie in den besten, ja auch unter den alten Germanen vorkommen, gar nicht verändert werden können, und nur durch eine falsche Begriffskonstruktion für eine sich philosophisch nennende Zeit unkenntlich gemacht werden mochten. Noch verdient bemerkt zu werden, daß in Deutschland bei der Beschimpfung oder Verleumdung ein Punkt oft hervorgehoben wurde, den die Römer nicht einmal als Nebensache ansehen, nämlich der materielle Schaden. Dasjenige, was dadurch einem Gewerbsmann entging, wurde von diesem oft als die Hauptsache angesehen, und darein dann das Fundament der Injurie gesezt.

E. Praktische Resultate.

§. 105.

I. Man muß vor Allem unterscheiden die juristischen und die faktischen Bestandtheile der Injurie.

In der ersten Hinsicht ist eine absichtliche Rechtskränkung, welche unmittelbar auf die Person bezogen werden muß, die Basis. Zunächst mag man diese reine Richtung auf die Achtung der Person, Ehre nennen, und die Injurie in eine Verachtung **contumelia** setzen, aber man hüte sich nur, dabei etwas eigenes, Objektives, den äußeren Gütern Aehnliches, oder ein besonderes Recht, ein intelligibles Gut zu denken, und die Injurie als eine besondere Rechtsverletzung anzusehen, denn wenn Birnbaum schon richtig gezeigt hat, daß es überhaupt falsch ist, die Delikte als Rechtsverletzungen darzustellen, so ist es doppelt falsch und arger Widerspruch, die Verletzung der Persönlichkeit umzuwandeln in die Verletzung eines äußern Guts. Wenn die Römer von der **illaesa existimatio** sprechen, so denken sie an ganz etwas anderes als an ein durch äußere Angriffe zu lädirendes Gut; sie führen vielmehr die **laesio existimationis** auf den Verlust oder die Verminderung gewisser politischer und bürgerlicher Rechte hin, welche Jemand dadurch leidet, daß er Delikte begeht; so wie sich aber Niemand selbst injurirt, so kann diese **laesio** nicht als eine Injurie, und die **existimatio**, die ein bestimmter Inbegriff politischer und bürgerlicher Rechte ist, nicht

als ein ganz besonderes intelligibles Gut, welches gleichsam im Verkehre steht, angesehen werden. Auf diese Weise ist auch die Darstellung falsch, nach welcher man einen allgemeinen Begriff von Injurie als Rechtskränkung in genere und einen besondern als Ehrenkränkung in specie aufstellt; vielmehr muß der animus contumeliae in dem einen und andern Fall vorhanden seyn, jedoch ist dieser immer verschieden nach der Natur des Angriffs auf die Person und nach dem speziellen Zwecke des Angreifers. Freilich ist nicht zu leugnen, daß der animus contumeliae da, wo Jemand offen contra bonos mores verfährt, bestimmter hervortritt, als da, wo er nur contra jus publicum sich äußert und wo gleichsam der Schutz des dem Einzelnen zustehenden juris publici zu den Rechtsmitteln der Injurie führt, wie bei den Angriffen auf die persönliche Freiheit in der Abhaltung von einem Unternehmen [1]), in den Angriffen auf die Freiheit des Geistes und der Seelenkräfte [2]), in der Verletzung des Hausrechts [3]), in der Verhinderung an dem Gebrauche einer res communis oder publica [4]), in der Verhinderung der Ausübung eines politischen oder bürgerlichen Rechts, z. B. des Testamentsrechts u. s. w. [5]). Boni mores und jus publicum standen bei den Römern und stehen in jedem wohlgeordneten Gemeinwesen in so natürlicher und enger Verbindung, daß die Persönlichkeit der Einzelnen in der Anerkennung dieser Verhältnisse eigentlich erscheint. Hieraus folgt dann von selbst, daß der Sklave auch nicht einen Schatten von Persönlichkeit so lange genoß, als man ihm die boni mores oder Humanität nicht einmal zu statten kommen ließ, und nur als der erste Fortschritt der Sitten zu seinen Gunsten gemacht war, mußte das jus publicum ihm einigen Schutz gewähren, ohne daß er jura privata erwarb. Aber dieß Alles zeigt, daß es nicht die dignitas civis oder existimatio ist, worauf der Begriff von Injurie ruht.

In der andern Hinsicht, d. i. in Beziehung auf die materielle Grundlage hängt eben Alles von dem Zustande der Bildung

---

[1]) L. 15. §. 31. l. 20. D. 47. 10.
[2]) L. 15. §. 1. D. eod.
[3]) L. 5. §. 2—5. D. eod.
[4]) L. 13. §. 7. l. 24. D. eod.
[5]) L. 13. §. 7. cit. l. 2. Cod. si quis aliqu. test. prob.

eines Volkes ab, und von sämmtlichen Verhältnissen, welche den Bildungscharakter des Volkes und unter Umständen einzelner Klassen im Volke machen. Das Organ der äußern Erkennbarkeit des Sittlichen im öffentlichen und Privatleben ist dann die gemeine Stimme, manchmal wird diese in die Hände einer öffentlichen Auktorität niedergelegt, wie bei den Römern in der Censur, im Mittelalter in der **censura ecclesiastica** — gewöhnlich aber und je ruhiger die Volksentwickelung ist, um so weniger bedarf die Erkenntniß und Handhabung der ethischen Wahrheit eines andern **medii** als der leicht von jedem Gebildeten zu erkennenden gemeinen Meinung, und der Jurist steht hier keineswegs im Felde seiner Wissenschaft, sondern auf dem gemeinen Boden der Erkenntniß des Lebens, und hat höchstens das zum Voraus, daß er das Ineinandergreifen des Juristischen und Faktischen, des Historischen und Wirklichen leichter einsieht, und daher auch geschickter vermittelt. Falsch aber ist es, wenn man dasjenige, was Jemand nicht zu leiden braucht, weil es **contra bonos mores** ist, zusammenstellen und kodificiren will, und es lassen sich hiefür weder Auktoritäten aus dem **Corpus juris**, noch aus dem Mittelalter gebrauchen, noch überhaupt Theorien aufstellen, und in dieser Beziehung haben in der That fast alle Neueren gefehlt, namentlich Weber und Mittermaier. Der Geist des sonst sehr verdienstlichen Buches von Weber geht dahin, Alles auf den **animus injuriandi** zurückzuführen, also scheinbar auf die Gesinnung des Verletzenden; allein es ist dieß nur Täuschung, denn in der That soll dieser **animus** erkannt werden in einem gewissen Benehmen, welches die Welt für beleidigend nimmt. Und von diesem Standpunkte aus konnte dann Weber nichts anders thun, als einige **facta** aus dem **corpus juris** und einige Anekdoten aus dem neueren Leben anführen, vergeblich aber wird man irgendwo ein objektives Prinzip über Injurien suchen. Weber hat seinem Buche den Reiz, wie allen seinen andern Werken gegeben, so recht aus den gesunden Ansichten seiner Zeit herauszusprechen, und aus den römischen Stellen und anderer Lektüre passende Blumen einzuflechten, aber worauf es eigentlich ankömmt, hat er nur in den Anhängen eingesehen, wo er von demjenigen redet, was in dem Munde eines Schriftstellers, eines Advokaten Injurie sey, und wo er eben dahin kommen muß, auszusprechen, dasjenige,

was aus dem Standpunkte ihrer Kultur gegen den Anstand ist, und wobei Jemand ein Interesse hat, daß es nicht gesagt worden wäre. Commune omnibus enim juris est; quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicujus interest. Das idque non fieri, alicujus interest ist nun freilich genauer zu bestimmen, und es ist eine verdienstliche Ansicht Mittermaiers [1]), wenn er darauf besonders aufmerksam macht; allein auch dieser Punkt kann nicht in Regeln gefaßt werden, sondern ist lediglich daran zu erkennen, daß die gemeine Meinung sagt: Jemand könne sich dieses oder Jenes nicht gefallen lassen. Nicht kann es also darauf ankommen:

1) Daß die Wirksamkeit des Einzelnen in der bürgerlichen Gesellschaft gelähmt wird;

2) daß das Vertrauen im bürgerlichen Leben geschwächt wird;

3) daß Selbsthülfe zu befürchten ist.

Es sind diese drei Mittermaier'sche Kriterien willkürliche Abstraktionen einzelner ex utilitate singulorum vel publica schlimmen Injurienfälle; aber man sieht hier wieder, wie die Zeit ganz abhängig von dem Utilitätsprinzip ist, und allein darnach Schranken und Regeln zu bilden sucht. Die Beurtheilung der einzelnen Fälle in der Mittermaier'schen Schrift mag passend seyn, allein sie erreichte nicht, was sie wollte, weil dieß unmöglich ist, nämlich die Zurückführung der äußern Erscheinung der Injurien auf bestimmte Kategorien. Und also ist Alles, was Wächter hier den objektiven Thatbestand nennt, von der auf den Sitten gegründeten gemeinen Meinung, und dem daraus für den Einzelnen hervorgehenden Interesse abhängig.

§. 106.

II. Was nun das injurirende factum angeht, so kann man hiernach nur auf die verschiedenen formellen Seiten aufmerksam machen, also auf Reden, symbolische Ausdrücke der Gedanken, und unmittelbare Einwirkung auf den Körper der Person. Gewöhnlich hat man so gelehrt: die Handlung sey ganz gleichgültig, es komme Alles auf die Gesinnung an, in der sie

---

[1]) Archiv XIV. Bd. S. 71.

vorgenommen worden (Webers Theorie [1]). Nein — gerade die Handlung ist es, aber sie ist nicht immer in abstracto schändlich und unrechtlich, sondern nach den Umständen, unter welchen sie vorgenommen wurde, contra mores et jus publicum. Man muß hier nicht mit Mittermaier dadurch sich irre machen lassen, daß man eine solche in concreto injurirende Handlung als einen Verstoß gegen die Delikatesse darstellt, denn eben, was ein bloßer Verstoß gegen die Delikatesse sey, läßt sich wieder nicht durch eine Regel bestimmen, sondern nur in concreto im Leben finden. Im Uebrigen wollen wir durch diese Darstellung keineswegs die Möglichkeit bestreiten, gründliche Untersuchungen über das materielle Wesen der Injurie anzustellen; nur müssen dieselben einen sichern Anhaltpunkt in dem Kulturstand nicht nur eines bestimmten Volkes und einer bestimmten Zeit haben, sondern auch die Stände nach der verschiedenen Art der Bildung selbst unterscheiden. Ich kenne ein Verhältniß, wo ein freier Bürger eines Landes von einem angesehenen Fremden eine Ohrfeige erhielt, und wo Viele es nicht für eine Injurie halten wollten, die es gewiß war; als aber derselbe Fremde den Mann einen Schuft in fremder Sprache nannte, blieb es unter den Umständen sehr zweifelhaft, ob dieß eine Injurie sey. Nach dem formellen Standpunkte aber kann man

A. in Beziehung auf wörtliche Injurien die direkten Infamationes durch Schimpfworte und die indirekten oder falsarischen durch die sogenannten Verleumdungen, d. i. durch Erzählen falscher infamirender Ereignisse unterscheiden. Bei den leztern nämlich muß, wie schon oben erwähnt ist, eine Beimischung des falsi vorhanden seyn, und daher ist es richtig, daß wenn diese Beimischung fehlt, oft der Charakter des Unrechts selbst wegfällt. Die Neueren beziehen sich hier auf die sogenannte

---

[1]) Aber die Darstellung ist sehr alt, so z. B. ist ein Kuß unter Umständen eine Injurie, Angelus Aretinus sub voce hai adulterato la mia donna. Noch besser bemerkt schon Clarus, daß die Aeußerung „Jemand sey ein guter und brauchbarer Mann“ eine Injurie seyn könne, und man hat auch gar nicht nöthig, die Sache in dem Verstande „des bon homme“ der Franzosen zu nehmen, um ein feines Gift darin zu finden: natürlich kömmt es auf denjenigen an, der die Gabe reicht.

exceptio veritatis. Aber nicht der Umstand allein, daß die erzählte Thatsache wahr ist, entschuldigt, sondern daß der Erzählende kein falsum begangen habe, denn sollte er, ohne die Wahrheit des Umstandes noch kennen zu können, das Gerücht verbreitet haben, so wird die spätere Entdeckung ihn keineswegs entschuldigen können. Auch Cautelen in fraudem, z. B. man habe es als Gerücht erfahren, oder von einem, der im Komplott ist, erfahren, helfen Nichts. Hieraus folgt, daß man wohl das Recht hat, einen Unwürdigen nicht zu schonen

> **eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari — peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire** [1])

und daß man sogar die Pflicht hat, gegen gefährliche und schädliche Leute, mit offener Stirne zu warnen; aber sowie man jenes Recht und diese Pflicht dolo malo und fraudulose ausübt, d. h. übertreibt, entstellt, zweideutig verfährt, auf das Ungewisse hin, wenn auch mit einer Art von Vorbehalt oder Bedingung, aber offenbar gewissenlos und böswillig die Erzählung oder Nachrede thut, sowie ein Urtheil spricht — wird man nicht entschuldigt, und auf diese Art bekömmt die schwierige Lehre von der **exceptio veritatis** ihr juristisches Fundament. Ohne der freien Rede Zwang anzuthun, kann verlangt werden, daß Jeder, welcher gravirende facta eines Andern verbreitet, gerade hier auch nicht mit dem geringsten Fehl sowohl in dem Innern seiner Absicht als in der Art und Weise der äußern Erklärung verfahre. Also wird hier am wenigsten auf die bloß objektive Richtung des Beweises der Wahrheit verwiesen werden können, sondern der ganze Zusammenhang des Benehmens über die Reinheit oder wenigstens Erlaubtheit der Erzählung entscheiden.

B. In Beziehung auf **symbolische Injurien** muß man besonders die Handlungen des Scherzes von denen der beleidigenden Absicht zu unterscheiden wissen. Hier ist eigentlich der Punkt, um von dem Wesen der Schuld des Injurianten zu sprechen. Nicht bloß das **propositum**, sondern auch der **impetus** und sogar die **lascivia** ist strafbar, die leztere jedoch nur dann, wenn Jemand die Gesetze des Anstands und der **boni mores**

---

[1]) L. 18. pr. D. h. t.

ohne Weiteres mit Füßen tritt, sollte es auch mehr seine Rohheit, die zur That hinriß, als böse Absicht gegen den Angegriffenen seyn. Hier sieht man besonders klar, daß es zwar keine kulposen Injurien im gewöhnlichen Sinne des Wortes „culpa“ gibt, daß aber die juristische Schuld nicht gerade eine feine Reflexion verlangt, sondern jeder auch gegen den Excedenten aus Rohheit geschüzt seyn muß. Wenn daher selbst im R. R. steht, **si quis per jocum percutiat**, sey keine Injurie; so kann dieses doch nur angenommen werden, wenn die Personen von der Art sind, daß ein solcher Scherz nicht mehr ist, als Ueberschreitung der Delikatesse, denn

C. der Angriff des Körpers, sowie die Verletzung des Hausrechts müssen ohne breite und lange Untersuchung der konkreten Verhältnisse für Injurien angesehen werden, und mit Recht hat man immer hier die objektive Atrocität gefunden. [1])

§. 107.

III. Sehr wichtig ist das Verhältniß der mittelbaren Injurien. Hier soll nur ein Punkt erwähnt werden, die den Verstorbenen geschehene Injurie. Vor Allem muß man den Fall ausscheiden, wo die Injurie noch beim Leben des Injurirten vorgefallen ist, aber erst nach seinem Tode zur allgemeinen Kenntniß kömmt. Hat der Verstorbene noch Nachricht davon erhalten, so muß man annehmen, daß soferne er keine Art von Präparation zur Verfolgung gethan hat, das Recht daraus ebenso erlo-schen ist, als die wirklich erhobene aber noch nicht bis zur **litis contestatio** gediehene **actio** [2]). Aber wie steht es, wenn die Injurie erst nach dem Tode vorgefallen ist, und zwar nicht an dem **cadaver**, oder sonst re, sondern durch ein bloßes **convicium**. Wir glauben, daß der Erbe die Injurie als eine mittelbare auffassen darf, indem er die Persönlichkeit des Verstorbenen auch so weit zu vertreten hat, als die Pietät ihm eine Pflicht sogar dahin auflegt. Es ist auch kein Widerspruch zu dem andern Falle, denn man mag annehmen, daß mit dem Tode des

---

[1]) Bei den Römern wird A. als convicium, B. C. als re injuria, C. als injuria in corpus dargestellt und richtig entgegengestellt.

[2]) L. 15. §. 14. D. h. t. §. 1. J. 4. 12.

Injurirten Ruhe sey dem Einen und Andern, so kann man doch nicht das Andenken eines Verstorbenen für vogelfrei erklären, oder glauben wollen, daß die Welt einen solchen feigen Angreifer immer mit Indignation behandele; vielmehr ist oft hier am meisten wahr: **semper aliquid haeret.**

§. 108.

IV. Das Verhältniß der zur Verfolgung der Injurien führenden Rechtsmittel ist nicht nur an sich höchst wichtig, und dabei nur als geschichtliches Resultat auffaßbar, sondern auch in den zwei praktischen Hauptfolgen der Konkurrenz und der Aufhebung genau zu untersuchen.

A. Man muß gestehen, daß unsere Praxis, der Theorie unbewußt, römisches und germanisches Recht ineinander verschmolzen hat.

a) Die öffentliche Strafe der Injurien muß nämlich ebensowohl aus den deutschen Polizeiordnungen und städtischen Satzungen, wie aus der **l. ult. D. h. t.** abgeleitet werden, und leicht mögen die ersteren hier einflußreicher gewesen seyn, wie das in solchen Dingen oft wenig verstandene römische Recht. Darneben wurde nun nicht selten Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung bald als ein Zusatz der öffentlichen Strafe, bald als eine Privatsatisfaktion angewendet, und daher kömmt es, daß man die Natur dieses Rechtsmittels als ein gemischtes nicht mit Unrecht bezeichnet. Eine theoretische Grundlage für dasselbe hat man nicht, doch ist soviel gewiß, daß, wenn im Zwecke der Privatsatisfaktion bereits auf Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung erkannt ist, nicht noch die **actio aestimatoria** darneben geltend gemacht werden kann.

b) Die reine Privatfolge oder **aestimatoria** kömmt noch als **civilis** in den Fällen der **lex Cornelia** und als **praetoria** im Allgemeinen vor. Dagegen ist alle Spur des deutschen Kompositionensystems verschwunden.

Ex officio kann nicht auf eine Strafe wegen Injurien erkannt werden[1]), ausgenommen wenn **vis publica vel privata** oder ein anderes **delictum publicum** konkurrirt. Hier aber kann auch neben der **aestimatio** auf öffentliche Strafe erkannt werden.

---

[1]) §. 10. J. 4, 4.

Die sogenannte **exceptio compensationis vel retorsionis** ist nichts anders, als die Berufung auf die vom Kläger gebrauchte Selbsthülfe, welche ihm zur Strafe das Recht zur Klage nimmt.

Verzicht, Verjährung, Tod des einen und andern Theils werden in ihren Folgen nach den einzelnen Rechtsmitteln auf die allgemein bekannte Art bestimmt.

Von den Schmähschriften und Preßvergehen.

§. 109.

Das Charakteristische ist hier, daß das gebrauchte Mittel, d. i. die geringere oder größere Veröffentlichung desjenigen, was **contra bonos mores et contra jus publicum** geschehen ist, und die Schriftinjurie macht, dieselbe multiplizirt, dadurch die innere Bosheit und die äußere Gefahr zugleich ausdrückend. Man könnte daher diese Injurie recht eigentlich die öffentliche nennen.

Schon der römische Senat fühlte die Schwere solcher Injurien, zu welchen er auch diejenigen rechnete, welche durch mündlich in einer leicht sich fortpflanzenden Form geschehene Beschimpfung sich geltend machen [1]), und wenn sich dazu das Meuchlerische, Namenlose des Verfassers gesellt, so wollte der Senat unbedenklich die **publica quaestio.** In den Kaiserzeiten ging man natürlich noch schärfer zu Werke: Der **Theodosianus Codex** in seinem Titel **de famosis libellis IX. 34.** enthält 4 Konstitutionen von Konstantin dem Großen, 2 von seinen Söhnen, 2 von Valens, 1 von Theodosius dem Großen und 1 von Arkadius. Der Geist und Sinn derselben ist: die öffentliche ehrliche Anklage stehe jedem frei: die heimliche Intrigue durch Libell sey an sich ein Verbrechen und es komme gar nicht auf Wahrheit oder Unwahrheit des Inhalts an, auch eine wirkliche Anklage ohne Namen sey lediglich niederzuschlagen, auf keine solche Schrift sey **ex officio** eine Inkrimination einzuleiten: Jeder, der einen Libell nicht gleich zerstöre, sondern verbreite, sey straffällig, und die Strafwürdigkeit steigert Arcadius bis zur kapitalen. Diese lezte überhaupt leidenschaftlich abgefaßte Konstitution hat Justinian in seinen Kodex nicht aufgenommen, sondern nur von der

---

[1]) **L. 5. §. 9. D. h. t.**

Kapitalfolge anhangsweise in der einzigen vorlezten von Valens ausgegangenen Konstitution gesprochen, daher auch das justinianische Recht in dieser Lehre sehr unvollkommen ist.

Einen ganz andern Standpunkt nahm die Sache an, als Bilder und Druck die Gedanken der neueren Völker verbreiteten. Die allgemeine Polizei der Welt, damals in den Händen der Geistlichkeit, hielt jezt für nothwendig, neben den Repressionsmaßregeln des römischen Rechts allgemeine Präventivmaßregeln einzuführen und Jeder sollte verantwortlich seyn, der ein der Kirchencensur nicht unterlegenes Buch drucke oder gebrauche [1]). Dieß Verhältniß ging auch in die weltliche Polizei über, wie mehrere Reichsabschiede, die Reichspolizeiordnung, der Reichsschluß von 1668 und andere Reichs- und Landesanordnungen, die bekannt genug sind, beweisen. Für uns gehört hieher nur die Repressivgewalt des Strafjudizii. Hier ist besonders auf den Art. 110 der Karolina, dessen Quelle das römische Recht ist, zu verweisen, dessen Interpretation aber einzelne Schwierigkeiten veranlaßt hat. Schon im römischen Rechte war die Verbindung der Ideen folgende: Wer einen Grund zur gerechten Anfeindung eines Andern hat, der mache denselben vor der Obrigkeit geltend, und jede andere Anklage und Beschuldigung — also die Berufung der Sache an das Publikum, oder vielmehr diese Anklage ohne Möglichkeit rechter Vertheidigung und ohne Richter ist unerlaubt. Die Karolina hat sich nun allerdings zu dieser Ansicht nicht deutlich erhoben, sondern vorausgesezt, daß ein Libell immer den Vorwurf eines bürgerlich strafbaren Benehmens enthalten müsse, wornach dann auch die gesetzliche Strafdrohung eingerichtet ist, und woraus man den Schluß hat ziehen wollen, daß der durch Libell geschehene Vorwurf einer bürgerlich nicht strafbaren Handlung kein Verbrechen sey. Allein gesezt auch, daß die Karolina auf eine solche Weise interpretirt werden dürfte, was deßhalb nicht geschehen darf, weil sie nur Andeutung und nicht kompendiarische genaue Bestimmung seyn wollte; so würde der Geist und Sinn des Art. 104 und 105 uns das Recht geben, auf die römischen Ansichten zurückzukommen, und in dem Libell zu finden, was auf dem Wege der natürlichen Entwickelung der Dinge auch

---

[1]) Weber II. 166. (4te Ausgabe.)

die Engländer darin gefunden haben, nämlich die durch Schrift verbreitete Injurie. In dieser Richtung kömmt auch in Deutschland der Ausdruck Pasquill vor (von der Säule des Pasquinus in Rom, woran gewöhnlich die Libelle angeheftet werden) und das Gift der Leidenschaften kann in unsern Tagen um so leichter verspritzt werden, als die Druck- und Leselust mit ihren Anhängen, d. i. nicht nur der äußern Gewinnsucht, als vielmehr der immerwährenden Reizung des Geistes in seinen bösen Trieben stets im Zunehmen stehen. Daher auch die Ansicht der Sache im Allgemeinen als durch Schrift und Druck verbreitete Injurie nicht nur zweckmäßig, sondern sogar nothwendig ist. Ein anderer Punkt betrifft den Umstand, ob die Schmähschrift nur dann ein Verbrechen sey, wenn der Verfasser sich versteckt hat. Die Karolina hat wieder nur diesen Fall, den gewöhnlichen, im Auge: und hier scheint es, daß auch die römischen Imperatoren nur an diesen Fall gedacht haben, folglich daß derjenige, welcher seinen wahren Namen beisezt, nur wie ein einfacher Injuriant angesehen werden dürfe [1]); und hiernach ist man sogar dahin gekommen, zu behaupten, daß in einem Zeitungsblatte dieß Verbrechen nicht begangen werden könne, weil hier der Redakteur nach neuer Weise seinen Namen beisetze [2]); allein auch hier muß lediglich aus der **ratio legis** geschlossen werden. Die Frechheit kann nämlich kein Privilegium haben; sieht man, daß Jemand deßhalb keine Larve vor das Gesicht nimmt, weil er dadurch um so wirksamer seine Schriftverleumdung verbreitet, so kann gewiß keine Gunst seiner Frechheit werden, denn solche Leute wollen oft als Herausforderer böslich auftreten, um dadurch den Skandal zu vermehren. Man darf auch nur auf **l. 1. §. 9. D. h. t.** verweisen, wo man klar sieht, daß bei den Libellisten kein Unterschied seyn soll, ob sie ihren wahren Namen beigeschrieben haben oder nicht. Die Oeffentlichkeit des Auftretens in der Schrift ist es, die den Charakter der strafbaren Handlung hauptsächlich bildet.

Durch die möglichst strenge Behandlung aller Libellisten können nur die kostbarsten Güter der Menschen, Wahrheit und Freiheit, bewahrt werden.

---

[1]) Womit Remus und andere ältere, so wie unter den Neueren Weber übereinstimmen.

[2]) Weigand resp. Mittermaier S. 272.

Von den Preßvergehen.

§. 110.

Man kann darunter gegenüber den verbrecherischen Schriften contra bonos mores et jus publicum nur verstehen die Uebertretung der Polizeigesetze bei dem Druck und bei der Verbreitung der Druckschriften. Insoferne ist dann abgesehen vom Bundesschluß vom 20. Sept. 1819 [1]) Alles partikularrechtlich.

Im uneigentlichen und weitern Sinne versteht man freilich jedes Vergehen durch die Schrift darunter.

Wichtig ist die Frage, ob, wo die Censur besteht, oder eine andere Präventivmaßregel aufgestellt ist, soferne man die eine und andere einhält, Jemand dennoch wegen einer Schrift angeklagt werden könne. Es läßt sich natürlich hier nur aus dem Standpunkte der Censur antworten, da andere Präventivmaßregeln erst näher bestimmt seyn müßten. Hiernach aber ist

a) gewiß, daß der verlezte privatus injuriarum klagen kann, weil sein Recht nicht in die Gewalt der Censurbehörde gegeben ist;

b) ebenso gewiß ist es, daß, wenn der Censurbeamte ein Theilnehmer des Verbrechens ist, der andere nicht auf die Censur sich berufen kann;

c) wenn aber die verbrecherische Absicht nicht klar aus der Schrift hervorleuchtet, und also immerhin Zweifel über die Tendenz bestehen, so wird die Censur entschuldigen, da gleichsam ohne sie der Thäter zu der Verbreitung seiner Ansichten nicht gekommen wäre. Daraus aber folgt

d) daß, wenn aus Nachlässigkeit die Druckerlaubniß ertheilt ist, erst näher untersucht werden muß

α) ob der Censor induzirt wurde,

β) von welcher Art der Inhalt der Schrift ist, und namentlich, ob der Verfasser eine unzweifelhafte verbrecherische Absicht kund thut,

γ) ob der Verfasser gerade erst durch die Censur zum Drucke bestimmt worden ist; denn nur in concreto wird sich hier die Frage lösen lassen, ob Strafe eintreten kann, zumal unter Umständen die Vorlage der Schrift an den

---

[1]) Klüber, öffentliches Recht, 3te Ausgabe, S. 687.

Censor selbst schon die verbrecherische Absicht hinlänglich ausdrücken und als Versuch angesehen werden kann. In günstiger Erscheinung der Verhältnisse für den Angeklagten aber wird der Richter aus der Vorlage der Schrift zur Censur dahin schließen können, daß wenigstens der Verfasser seine Handlung nicht für strafbar hielt, was ihn nicht immer ganz entschuldigt, weil es nicht darauf ankömmt, wie Jemand das Recht auffaßt und auslegt, was aber in der Richtung der zu den verschiedenen Staatsverbrechen nöthigen verrätherischen und gefährlichen Gesinnung hinlänglich anzeigt, ob eine solche Gesinnung mit Grund angenommen werden darf.

Viertes Kapitel.

Von den strafbaren Beeinträchtigungen fremden Guts.

§. 111.

Einleitung.

Es ist hier der Ort, dem Systeme zu lieb, welches nicht willkürlich gemacht, sondern aus der allmäligen Entwickelung der Dinge selbst, wie das Wachsthum eines organischen Körpers hervorgegangen seyn muß, ein paar Worte zu sprechen.

Nicht das ist das rechte System, was auf einer Architektonik von einzelnen herausgefundenen Begriffen beruht, sondern dasjenige, welches in gewisser Art in den ursprünglichen Vorstellungen der Völker liegt, und mit der Hervorbildung der Völker entwickelter und verfeinerter wird, so daß es zu Ende in wissenschaftlicher Abrundung und zugleich in dem vollendeten Ineinandergreifen des Einzelnen praktisch hervortritt.

Römer und Germanen haben ursprünglich den Angriff auf fremdes Gut in der doppelten Richtung des Entziehens und des Verderbens gedacht, als furtum und als damnum ohne furtum. Die Römer haben in den Begriff des furti möglichst viel hineingezogen, nämlich Alles, wo der Trieb des lucri die Ursache des

Unrechts ist; sie sahen nicht auf die Art der Handlung, auch die gewaltthätige Entziehung gehörte dazu; sie sahen nicht auf das Objekt, und das furtum war ihnen nicht bloß eine wirkliche Wegnahme eines Körpers; sie rechneten eine Menge betrügerischer Handlungen dazu, wodurch ein Anderer um Sachen und Rechte kömmt, und gewiß erhielt sehr frühzeitig der Begriff furtum diese Ausdehnung nach dem Standpunkte der Aneignungssucht des Verbrechers [1]); daher blieb für das damnum nichts Strafbares übrig, wenn nicht die besondere Absicht oder Ausführung die Strafe begründete. Furtum scheint von den XII Tafeln an bis zur lex Aquilia der Typus der Handlungen dieses Kapitels gewesen zu seyn und die lex Aquilia, die offenbar etwas Neues und Bestimmtes festsetzen sollte, ging nicht weit — eigentlich nur auf das Tödten der Sklaven und vierfüßigen Hausthiere. Das dritte Kapitel war sicher ein von dem Hauptzwecke des Gesetzes verschiedener Nachtrag, der freilich wie eine clausula generalis erst durch die Interpretation die gehörige civilistische Bedeutung bekommen mußte.

Sicher ist, daß dasjenige, was später von einer andern Seite her als Eigenheit dargestellt wurde, nämlich das durch geistige Einwirkung entstandene damnum, der stellionatus, unter dem furto stand, und nie davon getrennt worden wäre, wenn man nicht auch hier bei der genaueren Ausbildung der Lehre vom furtum durch die Juristen eine clausula generalis für das Leben hätte öffnen wollen. Aber selbst in dieser Richtung bleibt es

---

[1]) Nur gehen die Interpreten der Texte in den Institutionen und Pandekten zu weit, wenn sie überall, wo die conditio furtiva im Gegensatze der conditio indebiti stattfand, d. h. wo wegen der mala fides des Besitzers oder Spezifikanten der volle Ersatz geleistet werden muß im Gegensatze des tantum, in quantum locupletior factus est — von einem furtum sprechen, denn die civilistische Richtung von dem Umfang der Ersatzpflicht oder auch von der Furtivität der Sache in Hinsicht auf Verjährung läßt nicht gleich auf die contrectatio und auf den animus lucri schließen. Aber selbst in den Institutionen ist man auf die Feinheit des Unterschiedes nicht aufmerksam genug gewesen §§. 26. 34. J. 2. 1. l. 13. D. 13. 1. l. 4. D. 6. 1. l. 52. §. 14. D. 47. 2. und andere Stellen. Doch ist immerhin wahr, daß jedes furtim in rem suam vertere ein römisches furtum war.

natürlicher, den Stellionat zum furto zu stellen, als ihn mit dem **crimen falsi** zu verbinden, weil es dort der objektive Angriff auf äußere Güter (damnum), hier rein die verlezte Wahrhaftigkeit ist, welche das Verbrechen bildet.

Die Germanen faßten den Begriff von Diebstahl strenger, sie nahmen nämlich nicht nur das Entziehen materieller (**furto aufferre**), sondern sie beschränkten auch das diebische Betrügen auf ein paar Fälle, nämlich auf das diebische Behalten und auf das Ausgeben nach falschem Maß. Ja, eigentlich ward lange Zeit diese Lehre ganz singulär in Beziehung auf das Stehlen einzelner Sachen, besonders der verschiedenen Arten des Viehs gehalten, und erst die Städterechte und darauf die größern Rechtsbücher kamen zu den angegebenen Abstraktionen. Die derbere Ansicht des germanischen Rechts führte dann auf eine Menge von Rechtsfolgen, für welche der Begriff nicht gut zu weit ausgedehnt werden konnte, und so kam es, daß der Deutsche immerhin die Lehre vom Diebstahl enger hielt, als die Römer ihr **furtum**.

Beschädigungen wurden nur aus dem Standpunkte unerlaubter Gewalt aufgefaßt, wohin unbedingt die Brandstiftung gerechnet ist; und in Hinsicht auf gewaltsame Beschädigung sollte der Herr auch für seine Thiere haften.

Das römische Recht hat eine außerordentlich feine Entwickelung über die **furtiva contrectatio** durch die Klage und durch die Kommentation der Gelehrten erhalten, und somit war es von jeher Tendenz der Wissenschaft, in dieser Lehre römisches und germanisches Recht nebeneinander zu stellen; und das neuere System daraus hervorzubilden. Es gibt keine Lehre im ganzen Systeme des neueren Rechts, wo sich germanische Grundsätze neben römischen so standhaft behauptet, und wo selbst in Hauptpunkten soviel germanisch geblieben ist, obgleich der römische Einfluß überall erkennbar hervortritt.

Vom *Furtum* des römischen Rechts.

§. 112.

A. Aus den XII Tafeln und nach den XII Tafeln bis auf Sabinus.

Es ist hier am besten, der Hauptstelle zu folgen, welche wir über die Geschichte des römischen furti haben, wir meinen aus dem

cep. 18. im 11. Buche der Noctes Atticae von Aulus Gellius:

I. A. Gellius that hier offenbar, als wenn die Römer in ihren XII Tafeln, wo der Diebstahl seinem Umfange und seiner Strafe nach sehr hart behandelt worden ist [1]); Rücksichten auf das griechische Recht genommen hätten, indem er sagt:

Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est, jurisque divini et humani peritus fuit. Is Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit. In illis legibus furem cujuscumque modi furti supplicio capitis puniendum esse et alia pleraque nimis severe censuit sanxitque. Ejus igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto jussoque, sed tacito illiteratoque Atheniensium consensu oblitteratae sunt. Post ea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solon ex septem illis inclutis sapientibus fuit, is sua lege in fures, non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit.

Wie wenig vollständig Gellius hier referirt haben mag, kann dahin gestellt bleiben, aber er erinnerte sich der Kapitalfolge in manchen Fällen der XII Tafeln und der poena dupli als Regel des neueren prätorischen Rechts.

Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in duodecim tabulis scripserunt, neque pari severitate in puniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. Nam furem, qui manifesto furto prehensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prehenderetur, defenderet. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prehensos, verberibus adfici, et e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Ea quoque furta,

---

[1]) Siehe *A. Gellius* lib. VII. c. 15.

quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt.

Geflissentlich haben wir diese einzige zusammenhängende Darstellung des Alterthums über das XII Tafelrecht beim furtum hier wiedergegeben, wenn sie auch weniger als andere Stellen auf die ursprünglichen Worte der XII Tafeln zurückweist, wir berufen uns in lezterer Hinsicht auf das 12—16. Fragment der achten Tafel bei Dirksen. Materiell wichtig und gewiß scheint:

1) die Rechtlosigkeit für den fur manifestus in der Nacht;

2) die Rechtlosigkeit für den fur manifestus mit Waffen;

3) die Geißelung und Todesstrafe, wenn der fur manifestus ein Sklave war;

4) die körperliche Züchtigung und Schuldknechtschaft [1]) für den freien fur manifestus, bei Tag und ohne Waffen: nur der impubes soll neben der Züchtigung einfache Entschädigung leisten;

5) die poena dupli für das furtum nec manifestum [2]);

6) Durch die furtorum quaestio cum lance et licio wurde das furtum conceptum et oblatum zum manifestum [3]), aber es ist zweifelhaft, ob dieß schon in den XII Tafeln wirklich feststand, weil nur Gajus darauf hinweist, der übrigens von der poena tripli, als schon in den XII Tafeln eingeführt, spricht, wovon Gellius und Andere, auch Justinian und Theophilus nichts wissen. Außerdem ist noch zu bemerken, daß das adverbium „furtim“ in den XII Tafeln etwas Unrechtliches, Trügerisches und Schlechtes überhaupt bedeutet und ziemlich dasjenige umfaßt zu haben scheint, was später mit dem Worte injuria ausgedrückt ist: wie man nicht bloß aus der heimlichen Beschädigung der Bäume, sondern auch aus der Ausdehnung des Begriffes von res furtiva bei der Verjährung erkennt [4]). In

---

[1]) Zweierlei Dinge kommen hier in Betracht: die verberatio ex jure publico also eine öffentliche Strafe und die Schuldknechtschaft, die, wenn sie auch dem Bestohlenen zu guten kam, doch auch mehr Strafe, als bloße Exekution war. Deßhalb macht Dollmann S. 36 ganz unbegründete Vorwürfe.

[2]) Ob das pactum de furto auch bei der Kapitalfolge und bei der Schuldknechtschaft oder nur bei der poena dupli stattfand?

[3]) *Gellius* l. 16. c. 10.

[4]) Noch mehr, wenn man auf das fruges furtim pavisse et secuisse, auf das treulose Benehmen der tutores, Depositare u. s. w. sieht,

der That scheint damals jede malae fidei Veräußerung die Unverjährbarkeit der Sache begründet zu haben. Darin werden wir ganz besonders bestätigt, wenn wir erwägen, was Gellius uns über das furtum aedium nach einem Buche des Labeo de furtis erzählt.

Gellius fährt fort, auf die Zeit nach den XII Tafeln kommend:

Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est, nam si quis super manifesto furto jure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur. Manifestum autem furtum est, ut ait Massurius, quod reprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat. Furti concepti, item oblati tripli poena est [1]). Sed quod sit oblatum, quod conceptum et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque injucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis [2]). In quo id quoque scriptum est, quod vulgo inopinatum est, non hominum tantum, neque rerum moventium, quae auferri occulte et suscipi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum: condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito, possessione ejus dominum intervertisset. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tanquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset. Aliis deinde furtis omnibus, quae nec manifesta adpellantur, poenam imposuerunt dupli.

Gellius sagt nicht, auf welche Weise die Umänderung des zum Theil sehr harten XII Tafelsystems in das System der poena quadrupli vel tripli vel dupli vorgegangen ist; Manche

---

wo immer die Folgen des absichtlichen Unrechts durch Beeinträchtigung Anderer angenommen waren.

[1]) Hier sieht man klar, daß die poena tripli erst bestimmt wurde, nachdem in der Zeit post XII tab. der Uebergang zur poena quadrupli des furti manifesti gemacht war.

[2]) *Gajus* III. §. 186. 191—193. Glossa Turinensis bei Savigny III. Band der Rechtsgeschichte S. 716 (der ersten Ausgabe). *Heineccius* antiqq. lib. IV. tit. 1. §§. 13—23.

meinten, durch jene Gesetze, welche das römische Bürgerthum in der Art erhoben, daß die verberatio abgeschafft wurde [1]), Andere glauben, daß der Gerichtsgebrauch in judiciis privatis den Unterschied von furtum manifestum zum nec manifestum so gestaltet habe; sicher aber scheint, daß kein ausdrückliches Gesetz eingriff, denn nicht nur ist dafür der Ausdruck des Gellius „discessum est", sondern mehr noch der große Streit der spätern Juristen, inwieweit die erlaubte Tödtung des Diebs in der Nacht und mit Waffen noch praktisch sey. Im Uebrigen ist die Ausbildung nicht nur des Begriffs von furtum, sondern auch des Prozesses darüber so alt, daß wir das Meiste der Entwickelung aus dem Civilrechte in der Lehre vom Diebstahle zuschreiben müssen. Dazu kömmt, daß wir in dem ganzen Titel der Pandekten keine Stelle aus dem Edikt über das furtum haben, daß Sabinus, der Hauptschriftsteller über das Civilrecht, auch der Hauptschriftsteller über das furtum war, und noch in den Pandekten Paulus und Ulpianus ad Sabinum die am meisten benuzten Schriftsteller sind. Unzweifelhaft aber ist es, daß der Prätor auch hier im Einzelnen Bestimmungen traf, und es ist hier nicht nur wichtig, daß durch das Edikt die Lehre von der gewaltsamen Kontrektation gleichsam eigenthümlich aufgestellt wurde, sondern es sind auch Einzelnheiten gewiß im Edikte begründet worden, z. B. die actio furti adversus nautas etc., ferner si familia furtum fecisse dicatur, ferner die actio furti prohibiti et non exhibiti [2]) u. s. w. Auch hat der Prätor offenbar, wie auch anderwärts, das Civilrecht und seine Edictssatzungen, z. B. über die sogenannte rapina miteinander verbunden, namentlich schon durch den Maßstab der Pön; aber im Ganzen muß man dabei bleiben, diese Lehre hat ihren Ursprung, sowie Grund und Boden der Entwickelung im Civilrechte. Sie verdankt Alles der Praxis, und der frühzeitig die Grundsätze zusammenstellenden Wissenschaft. Dafür bürgt auch der Umstand, daß die Juristen, z. B. Aristo, wie uns Gellius sagt, allerlei Betrachtungen machten über die Ungestraftheit des Diebstahls bei Aegyptern und Spartanern, ferner über die Ungestraftheit der

---

[1]) Siehe Heineccius a. a. O.
[2]) §. 4. J. 4. 1.

großen Staatsgelderdiebe und über die Theilnahme am Diebstahle [1]). Doch man unterdrückte die eigene Ansicht der Alten über die **solertia furum** und fand, daß das **furtum** ein **delictum juris gentium** sey, man regulirte durch eigene **leges** die Strafbarkeit am öffentlichen Vermögen, und man fuhr fort, durch praktische und wissenschaftliche Entwickelungen den Umfang des **furti** in privatrechtlicher Hinsicht auszubilden.

Namentlich muß hier erwähnt werden die **lex julia peculatus, et de sacrilegis et de residuis**, welche auch deßhalb wichtig ist, weil die Ausdehnung dieses Verbrechens ganz im Geiste des Begriffes von **furtum** geschehen ist — also

a) als **auferre**,
b) als **intercipere**,
c) als **in rem suam vertere**,
d) als Theilnahme an dieser dreifachen Art der Entwendung; dabei gehörte hieher
e) die Treulosigkeit in Hinsicht auf das Münzwesen, welche nicht als **adulterare monetam** angesehen, und sonach nicht nach der **lex de falsis** beurtheilt werden konnte, sowie überhaupt
f) viele Betrügereien in Beziehung auf das Staatsvermögen durch **Scta** mit der **poena peculatus** belegt wurden, sofort
g) ist die Entwendung der **res et pecunia sacra** nach den Verhältnissen jener Zeit genau bestimmt [2]), und zulezt
h) das **crimen de residuis**, welches nichts mit dem **furto** gemein hat, wahrscheinlich in einem eigenen verloren gegangenen Kapitel auseinandergesezt, worüber ich schon an einem andern Orte Nachricht gegeben habe.

Die Untersuchung des eigentlichen Begriffes von **peculatus** im Gegensatze zum **sacrilegium** und **crimen residui** ist deßhalb von Bedeutung, weil man sieht, Pekulat bedeutet eine unrechtliche in furtiver Gesinnung geschehene Beeinträchtigung des Vermögens, wobei der objektive Standpunkt des Vermögens mehr,

---

[1]) Darüber verbreitet sich die zweite Hälfte des 18. Kapitels 11. Buchs bei Gellius.

[2]) Hier ist namentlich merkwürdig, daß schon das **perforare muros, rem sacram auferendi causa** als ein **sacrilegium** bestraft wurde. l. 11. D. 48. 13.

als der subjektive der Gesinnung und Handlung in Betracht kam, daher sichtbar auch der Ausdruck **peculatus**, d. i. Angriff auf die **pecunia publica**. Es ist dieß das allgemeine Verbrechen, zu welchem sich die Verbrechen an den **pecuniis residuis et repetundis** als spezielle Richtungen zeigen [1]).

§. 113.

B. Von Sabinus bis auf Justinian.

Die Lehre **de privatis delictis** schon in den XII Tafeln begründet und zwar als **furtum** und **injuria** ist jezt im 47. Buche der Pandekten in der vollen Entwickelung der sämmtlichen Kräfte der das R. R. bildenden Rechtsquellen zu erkennen. Noch immer geht Alles von den beiden Hauptbegriffen

A. furtum,

B. injuria

aus. An das furtum kamen durch das Edikt die früher im furtum liegenden gewaltsamen Entziehungen und dabei vorgefallenen Beschädigungen — dasjenige, dessen Quelle im 8. und 9. Titel des 47. Buches ist (**vi bonorum ruptorum, de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata**). In der Darstellung der Lehre von der Beschädigung thut man sehr Unrecht, die Obligationen **ex lege Aquilia** zu den Pönaldelikten zu stellen, vielmehr ist hier in der That nur von der **rei persecutio** nach einem erweiterten Maßstabe die Rede, dagegen gehören die **judicia**, die oben genannt sind, als in der Regel **in duplum** gehend, zu den **actiones poenales ex delicto**. Dieß sieht man auch klar aus der Zusammenstellung in den Pandekten selbst, und die unrichtige Ansicht ist nur durch die ungenaue Darstellung in den Institutionen entstanden. Die **actio furti** und **ex lege Aquilia** konsumiren einander nicht, denn beide gehen nebeneinander auf einen verschiedenen Gegenstand.

Hiernach ist die Lehre vom römischen **furtum** die Grundlage aller Angriffe auf Hab und Gut, es war ursprünglich kein Unterschied zwischen Gewalt, heimlicher Wegnahme und betrügerischem Gebrauch, wahrscheinlich keine Untersuchung des Endzwecks

---

[1]) L. 14. D. h. t. Davon überall das Genauere in der Lehre von den Verbrechen der Staatsdiener, worauf die ganze Lehre von Pekulat allein noch anwendbar ist.

der bösartigen Unternehmung, kein Unterschied des unbeweglichen und beweglichen Guts, und erst allmälig trennte man nach diesen und andern Rücksichten die Angriffe auf Hab und Gut. Aber dieser Analyse war immer eine Synthese zur Seite, welche den großen Umfang des furti bis in die neueste römische Zeit darthut. Dieß ist die berühmte Definition von Paulus in l. 1. §. 3. D. 47. 2.

Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.

Zur Zeit dieser Synthese war schon Alles nach dem Standpunkte der actio furti regulirt, wie das Aktionensystem überhaupt der Typus des Systems im ganzen Privatrecht ist: daher war damals

a) ein Gegensatz zur actio vi bonorum raptorum, in turba, incendio etc.;

b) ein Gegensatz des animus lucri faciendi zur culpa damni illati sine animo lucri;

c) es gab kein furtum an unbeweglichen Sachen mehr, sondern es war bei Betrügereien in dieser Beziehung und ohne Unterscheidung des animus lucri und damni nur die actio doli, mit welcher die Bildung des Stellionates zusammenhängt, zulässig;

d) immerhin aber war die objektive Ausdehnung des furti noch groß genug; denn nicht nur die diebische Wegnahme oder das diebische Behalten einer körperlichen Sache, sondern auch jede Verkürzung und Beeinträchtigung eines Andern im Gebrauche, ja jede Entziehung der Vortheile aus dem Besitze [1]), bildeten das

---

[1]) Viel ist in der neuesten Zeit darüber geschrieben, was bei dem furtum possessionis unter possessio verstanden werde. Schon Feuerbach sagt: er verstünde das Wort im Savigny'schen Sinne: andere wollten die b. f. possessio darunter verstehen; allein hier ist offenbar ein furtum rei ipsius vorhanden — wieder Andere wollten den juristischen Besitz darunter begreifen, welchen der Pfandgläubiger und diejenigen haben, die wegen eines Retentionsrechts an der Sache eines jus quasi pignoris sich erfreuen, wie die römischen Juristen sagen (l. 15. §. 2. D. 47. 2): und dieser Ansicht müssen wir beitreten, so daß also unter possessio hier eine solche Detention verstanden wird, wegen welcher der Detentor zur Sicherheit einer Forderung an die Sache sich halten kann. Nimmt

furtum. Auf diese Kategorien aber läßt sich in der That das römische furtum in objektiver Hinsicht zurückführen, und es ist nicht nöthig, darneben singuläre Fälle des dolus oder animus lucri als furtum aufzustellen. Wenn nämlich z. B. das Annehmen einer Nichtschuld animo lucri als ein solcher singulärer Fall dargestellt wird, so ist es eigentlich nicht das Annehmen als vielmehr das diebische Behalten, die interversio, welche den Diebstahl macht. Wenn ferner das Wegnehmen einer Urkunde den Dieb nicht nur auf den körperlichen Werth, sondern nach dem Werthe des ganzen Interesses mit der Diebstahlsklage verbindet, so ist dieß wieder keine Singularität für den Begriff des furtum, sondern nur eine eigenthümliche Beziehung hinsichtlich der aestimatio rei furtivae u. s. w. Aber

e) wichtig ist die Frage darüber, wem die actio furti zusteht, denn dadurch wird das eigentliche furtum von einzelnen Verhältnissen unterschieden, wo schon im prätorischen Rechte actiones in factum populares und extraordinariae cognitiones stattfanden, die später bei der Umbildung des prozessualischen Verfahrens von einer Seite zu extraordinariis judiciis in einem andern Sinne gestellt wurden. Die actio furti erforderte nämlich auf Seite des Klägers ein auf einem bestimmten juristischen Fundamente beruhendes und hiernach schätzbares Interesse am furto, d. h. nicht bloß Eigenthum, sondern irgend ein dingliches und obligatorisches Verhältniß zur Sache selbst, in dessen Beziehung, wenn die Sache auch nicht dem Obligirten verloren ging, doch eine Haftung desselben für die Sache begründet war. Wobei zu bemerken, daß hiernach eine Konkurrenz Mehrerer wegen eines und desselben Diebstahls auf die actio furti stattfinden konnte, und da war natürlich wegen der Bestimmung des quadrupli oder dupli wichtig, ob das Objekt die res ipsa war, wie z. B. auch bei dem Depositar, Komodatar, oder nur ein

---

dann der Eigenthümer der Sache diese heimlich weg, so ist es ein furtum rei suae, außerdem ein furtum rei pigneratae vel ab alio detentae. Am wenigsten haben diejenigen für sich, welche das furtum possessionis dahin begränzen, wenn Jemand seine Detention oder seinen Interdiktenbesitz in Usucapionsbesitz verwandeln wolle. Marezoll im civilist. Archiv VIII. S. 284. v. Buchholz juris. Abhandl. S. 334.

gewisser usus oder ein Retentionsrecht. Wo nun aber für Niemanden die actio furti begründet war, gab oft der Prätor eine actio popularis, wie z. B. bei der Beschädigung und Bestehlung eines sepulcri [1]), wo er wahrscheinlich selbst extra ordinem oder doch durch recuperatores judicirte. Bald nun aber wurde bei der Spoliation der Leichname sogar mit einer öffentlichen Strafe ex arbitrio der praesides provinciarum vorgeschritten [2]). Wie es in den älteren Zeiten bei der Bestehlung einer Hinterlassenschaft vor dem Erbantritt gehalten wurde, ist zweifelhaft; auf jeden Fall konnte hier nicht jedes Behalten contra fidem ein furtum genannt werden wegen des Rechts zur occupatio und usucapio — sondern es war eine gewisse Art frevelhaften Wegnehmens (expilatio) nöthig, in Beziehung darauf wir zwar auch keine Spur einer actio popularis, d. h. einer accusatio pro poena privata, wohl aber einer accusatio pro poena publica haben. In der That ist ein Uebergang aus dem Systeme der actiones populares in das System der accusationes, die nicht auf einem alten Komitialgesetze ruhten, nachweisbar. Von diesen accusationes wurde dann gesagt, wie von den Popularklagen: talia judicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica [3]). Dahin gehört auch die accussatio suspecti tutoris, und ein Beweis unserer Ansicht liegt schon darin, daß die zweite Hälfte des 47. Buches der Pandekten, welche lauter solche Fälle enthält, mit dem Titel de popularibus actionibus geschlossen wird, der den Uebergang zu den publicis judiciis bildet.

Nunmehr ist die wahrscheinliche Bildungsgeschichte der Lehre vom furtum, sowie das Resultat derselben im Corpus juris gefunden wird, darzustellen:

I. Diese Lehre war durch die Bearbeitungen der Juristen seit Sabinus zu ganz festen Begriffen, zu einer genauen Bestimmung ihres Umfangs in der Begrenzung mit andern Delikten, und zur vollen Ausbildung der Rechtsmittel gekommen; dagegen

II. waren durch die veränderten Gerichtseinrichtungen, ferner

---

[1]) L. 3. pr. D. 47. 12, es konnte aber natürlich, wenn ein Erbe da war, auch dieser klagen.

[2]) L. 3. §. 7. D. eod.

[3]) L. 3. D. 47. 11.

durch das Ineinanderwerfen aller Einwohner in einen Haufen hinsichtlich der Civität, sodann durch die Bildung einer neuen Art von Polizei allerlei praktisch wichtige Ansichten entstanden, die für jene Zeit bekannt genug in den Schriften der römischen Juristen nicht niedergelegt wurden, deren Mangel uns aber jezt die Erklärung sehr vieler Stellen außerordentlich erschwert.

§. 114.

Was nun näher

ad I. die Theorie von furtum betrifft, so gehört

a) immer noch die gewaltsame Entziehung der res, des usus und der possessio zum furtum, denn die actio vi bonorum raptorum ist nur eine bei einer besonderen Gelegenheit vom Prätor ausgebildete und später allgemein gewordene spezielle Entwendungsklage [1]); woraus Mancherlei folgt, z. B. daß eine Konkurrenz der actio furti und vi bonorum raptorum nicht möglich ist, ferner, daß wenn auch die actio vi bonorum raptorum nicht nach dem ganz strengen Begriffe des furti im neuesten Sinne immer zu bemessen ist, sondern bloß die allgemeinen Voraussetzungen einer Beschädigung (damnum datum) hat, wornach so viel auf den animus lucri nicht geachtet wird, man nur nicht übersehen darf, daß das furtum in seiner ursprünglichen Bedeutung in die strengen Begriffsgrenzen von Paulus auch nicht eingeschlossen war.

Im Uebrigen haben wir Nichts dagegen, wenn man jezt von der ganz engen Bedeutung des furti ausgehen, und das strafbare damnum datum ihr entgegensetzen will. Nur muß man dann die Sache nicht durch die Herbeiziehung der lex Aquilia verwirren, denn diese enthält bloß das rei-persekutorische Rechtsmittel, wobei das Fundament nicht einmal auf einen dolus führt; sondern man muß dann die strafbare Beschädigung auflösen, in diejenige, wobei Gewalt gebraucht worden ist, und wo die prätorischen Klagen statthaben und in diejenige, wo keine Gewalt gebraucht worden ist, und wo ursprünglich nur Entschädigungsansprüche, später die accusatio stellionatus stattfanden. In dieser leztern Beziehung

---

[1]) v. Savigny in seiner Zeitschrift V. Band 1. Heft, mit Rücksicht auf Cramer in der Erklärung der Fragmente pro Tullio und besonders *J. G. Huschke* in analectis literar. Lips. 1826. pag. 76.

b) ist dann besonders erkennbar, daß das eigentliche furtum begränzt ist

α. durch die Beziehung des Objekts auf res mobiles, ihren usus und ihre possessio

β. in der Handlung auf die contrectatio, d. i. ein wahrnehmbares Veruntreuen an der Sache;

γ. in der Gesinnung durch den animus lucri;

woraus wieder folgt, daß in dieser dreifachen Beziehung die actio doli und der stellionatus weiter geht. Aber immerhin hat er mit dem furtum noch die Vermögensbeeinträchtigung, das damnum datum in seinem eigentlichen und materiellen Sinne gemein, weßhalb der Stellionat auch besser hieher, wie zum falsum gestellt wird, welches selbst auf der Unwahrhaftigkeit und der zerstörten oder beeinträchtigten publica fides beruhend, im Wesen einen ganz andern Standpunkt darbietet.

Diese historischen Ansichten sind auch für unser gemeines deutsches Recht noch von der größten Wichtigkeit. Es folgt nämlich daraus, daß die Beeinträchtigung des fremden Guts in die Entwendung und Beschädigung sich auflöst, und die leztere entweder eine gewaltsame oder betrügerische ist, wodurch die Lehren vom Diebstahl, und der dazu gehörenden Veruntreuung (Unterschlagung), dann von der gewaltsamen Wegnahme (die nicht mit der robbaria zu verwechseln ist), endlich von der betrügerischen Beschädigung ihren natürlichen Zusammenhang erhalten, zugleich aber die Einsicht erlangt wird, daß sich eigentlich Alles aus dem römischen furto heraus entwickelt hat.

Sonach steht der Begriff von furtum fest durch den Gegensatz zur gewaltsamen Entwendung, und zur gewaltsamen und betrügerischen Beschädigung. Zugleich zeigt sich, daß die actio furti, als das eigentliche und reine Pönalrechtsmittel nicht stattfindet, wo nur eine betrügerische Beeinträchtigung und keine eigentliche Entwendung an beweglichen Gütern stattgefunden hat — ferner, daß jene actio wohl auch bei der *contrectatio* violenta gebraucht werden kann, aber nur auf das duplum, daß sie dagegen bei der gewaltsamen Beschädigung nicht stattfindet, sondern die actio vi bonorum raptorum, und daß auf diese Weise eine scharfe Begrenzung dieser actiones eingeführt ist, so daß nur in einem einzigen Falle eine Konkurrenz elektiver Art stattfinden kann.

Ad II. Was sofort die Praxis des justinianischen Rechts angeht, so stellen wir uns die Sache so vor:

A. Das **jus ordinarium** war immer noch die **actio furti** [1]).

B. Nachdem aber die Kriminalgewalt nicht nur nicht mehr an die alten **leges** gebunden, sondern auch durch eine Art von Polizeigewalt erweitert war, so griff man unter folgenden Verhältnissen **publicâ auctoritate et poena** in die Bestrafung der Diebstähle ein:

a) Man erinnerte sich vorerst an die gefährlichen Diebstähle schon aus dem **XII.** Tafelrechte — an die nächtlichen und an die bewaffneten Diebe, wobei immerhin noch Selbsthülfe bis auf das Aeußerste erlaubt war. Solche Diebstähle, an sich gefährlich und wegen der aus der Selbsthülfe hervorgehenden Folgen bedenklich, mußten öffentlich gestraft werden [2]).

b) Sofort kamen die Fälle, wo die **actio furti** unanwendbar oder unzureichend war, in erster Hinsicht die **expilatio hereditatis** und **violatio sepulcri**, in anderer Hinsicht, wenn der Dieb entweder das **duplum** oder **quadruplum** nicht zahlen konnte, oder derselbe aus dieser Pön schlechthin sich Nichts machen würde. Es verstand sich ohnedieß, daß die diebischen Sklaven mit öffentlicher Strafe belegt wurden.

c) Zulezt kamen die Fälle aus dem neueren Polizeirecht; es wird nämlich unter Umständen die subjektive Gefährlichkeit aus der Handlungsweise ohne weitere Rücksicht auf den Fall bei der Attrapirung Grund der öffentlichen Bestrafung. Hieher gehören

a) die **expilatores**, d. h. die schlimmen Diebe, überhaupt [3])

b) solche, welche zum Diebstahl führende Handlungen gefährlicher Art vorgenommen haben, auch wenn sie den Diebstahl nicht ausgeführt hätten, so daß also die **actio furti**, die nie auf den Versuch ging, nicht begründet war. Diese sind die **effractores** [4]), **saccularii** und **directarii**, d. i. solche, die in Häuser und Behaltungen brechen, Taschen ausnehmen und in das Innere der Häuser **furandi animo** sich einschleichen (**se dirigunt**). Es

---

[1]) L. 2. D. de fur. baln.

[2]) L. 1. D. 47. 17.

[3]) L. 1. §. 1. D. 47. 18.

[4]) In der Beziehung auf den furandi animus l. 1. §. 2. D. 47. 18, denn an und für sich geht der Begriff effractor weiter.

bedarf nicht der vielerlei Versuche, die in der neuesten Zeit gemacht worden sind, um das Verhältniß der directarii zu erklären [1]); das natürliche Verhältniß der Einschleicher in das Innere der Wohnungen, und der Umstand, daß die Person deßhalb gewissermaßen schon muß berüchtigt seyn, führt auf die polizeiliche Einschreitung der kaiserlichen Beamten. In ganz ähnlicher Richtung gehören

c) die **receptatores** hieher, die zwar eine so allgemeine Bedeutung darbieten, wie die **effractores**, aber in der speziellen Richtung auf die **fures** und **latrones** hier aufzufassen sind [2]). Sofort

d) die **abigei**, d. i. diejenigen, welche darauf ausgehen, das weidende Vieh wegzutreiben, und zwar so, daß sie sich nicht mit einem und dem andern Stücke begnügen, auch sonst auf Vertheidigung und kecke Ausführung ihrer That vorgesehen sind [3]).

e) Die **fures balneariі**, denn, obgleich bloß von dem **miles**, der einen solchen Diebstahl verübt, gesprochen wird [4]), so sieht man doch, daß die **pagani** nicht besser gehalten werden sollen.

Noch ist zu bemerken, daß man in der Ausübung des hier stattfindenden polizeilichen Amtes auch noch auf andere, der Sicherheit des Hab und Guts gefährliche Subjekte dachte, namentlich an die **raptores**, besonders die auf offenen Straßen, **grassatores et latrones**, und daß überhaupt bei solchen Subjekten nicht so strenge auf die objektiven und subjektiven Merkmale des Begriffes von **furtum** gesehen wurde, sondern auf die Gefährlichkeit ihrer Person und ihres Unternehmens. Daher die **violatores sepulcorum**, auch wenn sie nicht stehlen wollten, ferner die **incendiarii** als gefährliche Beschädiger, dem Arme der hohen Polizei, d. i. des **imperii summi** verfielen, und also alle diese Personen mehr nach ihrer allgemeinen Schuld als nach der strengen Beurtheilung aus dem Standpunkte des **furti** gestraft wurden. Immerhin aber ist unser objektiver Standpunkt derjenige, nach welchem an sich und in der Richtung unserer Rechtsquellen diese Verhältnisse zu beurtheilen sind.

---

[1]) Einer wollte sogar das „directarius“ in „diaetarius“ verwandeln!
[2]) L. 1. D. 47. 16. l. 3. §. 1. D. 1. 15.
[3]) Tot. tit. D. 47. 14.
[4]) L. 3. D. 47. 17.

Nunmehr ist ein sehr wichtiger Punkt die Lehre von der Konkurrenz der Rechtsmittel im justinianischen Rechte.

Das **jus ordinarium** war immer noch die **actio furti**, und der Strafrichter konnte an das **jus ordinarium** die Sache verweisen [1]). Unter dem **jus ordinarium** kann nichts anderes verstanden werden, als die **actio furti**, denn es ist nach dem **ordo** des prätorischen Rechts Regel, daß alle Tagdiebe vor dessen **judicio privato** stehen. Die Ausnahmen, welche sich allmälig bildeten, sind also das **jus extraordinarium**. Die Folgen des **juris extraord.** aber sind:

1) Die öffentliche Bestrafung:

2) Das Verfolgen **ex officio.**

Es fragt sich nun zunächst: konnte jeder Diebstahl **ex officio** verfolgt werden? wir glauben nicht, weil selbst bei der Kriminalklage noch das Daseyn eines **accusator** die Regel war; die Officialverfolgung erstreckte sich also auf die eben angegebenen gefährlichen Subjekte. Eine andere Frage ist die: konnte Jeder **ex populo** wegen eines **furti** klagen. Gewiß nicht, denn die Popularklage hatte ihre bestimmten Voraussetzungen, und höchstens konnte bei denjenigen Diebstählen, die **ex lege** kriminell waren [2]), oder den bestimmten Standpunkt eines eigenen **crimen extraordinarium** einnahmen, und nicht ausdrücklich **ad exemplum privati judicii jam constituti** also im Interesse des Beschädigten eingeführt wurden [3]), Jeder klagend auftreten. Zulezt kömmt die Frage: kann der Bestohlene zugleich **civiliter et criminaliter** wegen jedes **furti** klagen? Es ist nicht davon die Rede, was der Richter thun kann, der aus polizeilichen Verhältnissen verfährt, denn dieß kann keinen Einfluß auf das Recht des Bestohlenen haben; und eben daraus folgt, daß der Bestohlene dem Kriminalrichter Anzeige machen und darneben **civiliter** klagen kann. Der Richter kann sofort die Kriminalstrafe verhängen, oder die Sache remittiren, nur wird er das Leztere nicht können, wenn die Civilklage wegen Unvermögenheit des Diebs keine Folge hat [4]),

---

[1]) L. 2. D. 47. 17.

[2]) Peculatus, repetundae, residuae.

[3]) Expilatio hereditatis, violatio sepulcri — davon verschieden stellionatus, concussio.

[4]) L. 1. §. ult. D. 48. 19.

weil hier in der That die öffentliche Strafe das Surrogat der privatrechtlichen ist. Auf diese Art erklärt sich aber nicht nur die l. ult. D. de furtis höchst natürlich, sondern auch die Lehre von der Präjudikation löst sich von selbst. Es versteht sich jedoch, daß wenn der Bestohlene ursprünglich nur die actio criminalis intendirt hat, und wegen der civilis keinen Vorbehalt machte, er dadurch als auf die lezte verzichtend angesehen werden muß [1]).

Zulezt ist noch nöthig, eine Uebersicht der Lehre von den strafbaren Beschädigungen des römischen Rechts zu geben, soweit nicht schon bestimmte und dargestellte judicia eingreifen.

I. Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß eine in einer ziemlich willkürlichen Praxis gegründete polizeiliche Gewalt dem praefectus urbi und den praesides in den Provinzen zustand [2]), wornach boshafte Beschädigungen geahndet wurden, einmal gewiß an allen servis, denn deren coercitio war jezt eine öffentliche Amtspflicht geworden, die oft auf die humiliores überhaupt ausgedehnt ist; sofort bei der violatio locorum sacrorum, sancitorum, z. B. der Stadtmauern [3]); sodann bei der Beschädigung der Privathäuser in den Städten [4]), und in manchen andern Punkten, die uns bei der fragmentarischen Richtung alles Administrativen gar nicht in den Pandekten, und im Kodex aufbewahrt sind, auch thaten die praefecti vigilum allerlei ab, doch hatten diese keine Kriminaljurisdiktion [5]), und merkwürdig ist, daß die honestiores sich über die Größe der mulcta meistens durch besondere Gesetze deckten [6]). An einem andern Orte haben wir schon ausgeführt, daß das imperium der kaiserlichen obersten Beamten vielerlei an sich zog, was in der Republik der Censur, den Tribunen, ja den großen Volkskorporationen, Komitien und Senat selbst zustand, die zusammen nicht in die Grenzen dessen eingeschlossen waren, was aus den Buchstaben einer lex kam. Aus dieser Quelle ist den Statthaltern des Kaisers, in dessen Gewalt die Attribute aller früheren Gewalten und Behörden

---

[1]) L. 56. §. 1. D. 47. 2.
[2]) Tit. Dig. de praef. urbi et praes.
[3]) L. 11. D. 1. 8.
[4]) L. 7. D. 1. 18.
[5]) L. un. cod. 1. 43.
[6]) Tit. cod. 1. 54.

zusammenliefen, ein Recht geworden, einzugreifen, wo es fehlt. So wurden z. B. die futores, welche ihre Mündel treulos behandelt hatten, zur Bestrafung ad praefecturam remittirt, ohne daß ex furto oder stellionatu oder ex falso ein besonderes Straffundament hätte aufgestellt, oder hiernach der Strafprozeß hätte begründet werden müssen [1]). Freilich konnte es in solchen Lagen nicht fehlen, daß Manches auch tumultuarisch vor sich ging.

§. 115.

II. Aus der Geschichte und Theorie des römischen Rechts heraus — dieß im Gegensatze der Administrativpraxis — ergibt sich folgendes System:

Das damnum datum führt unter bestimmten allgemeinen Voraussetzungen zum Schadensersatz, wovon hier überall die Rede nicht seyn kann. Dagegen ist Strafe bei dem gestifteten Schaden nur begründet wegen der Art der Handlung, denn so gewiß im Reipersekutorischen jede Schuld gleich ist, so gewiß führt nur Anwendung der Gewalt und Betrug zur Strafe.

a) Gewalt nach dem Edikt, wie schon oben angeführt ist, wenn Schaden **coactis hominibus** [2]), oder bei einem gewaltsamen Ereignisse der Menschen und Natur geschehen ist [3]), indem Jeder, der hier **dolo malo** handelt, den Zustand der Gewalt benüzt, und für jeden durch ihn gestifteten Schaden zur Strafe verantwortlich wird. Natürlich ist derjenige, welcher allein die Quelle der Gewalt ist, auch strafbar, aber dieß aus dem Standpunkte des **crimen de vi**, oder als **effractor**, oder als **fur**. Das Edikt dagegen dehnt die Strafbarkeit auf die aus, welche einen der angedeuteten Zustände zur Beschädigung benützen, wenn sie selbst keine Gewalt üben.

b) Betrug und Treulosigkeit. Die Beschädigung aus diesem Standpunkte wird zum Behufe des Schadensersatzes im römischen Rechte mit der **actio doli** und mit **actiones in factum** verfolgt, auch wird oft durch Restitution geholfen; in Hinsicht auf Strafe aber sind zu unterscheiden

α. die einzelnen Formen, welche **extra ordinem** mit einer Strafe belegt wurden, namentlich **concussio, praevaricatio,**

---

[1]) L. 1. §. 7. D. 1. 12.

[2]) Auch bei dem zufälligen Auflaufe in turba.

[3]) In incendio, ruina (Erdbeben) naufragio, rate, nave expugnata.

columnia, crimen termini moti, und die clausula generalis, des stellionatus.

β. Diejenigen Handlungen, wo ein poena dupli vel quadrupli begründet war, wohin ebenfalls calumnia gehörte, aber auf die actio de rationibus distrahendis der Vormünder, ferner die Unlauterkeit beim depositum in gewisser Richtung, und jene Fälle, wo **lis inficiando in duplum crescit**, zu rechnen sind.

Wenn man nun überlegt, wie wenig diese nunmehr historisch erkannten Verhältnisse nicht nur von den Glossatoren, sondern selbst noch von den neueren Kriminalisten verstanden wurden, und wie selbst noch die neuesten und berühmtesten den Standpunkt des **falsi** und des Stellionates gänzlich verkannten, so kann man nur erfreut seyn über die erwachten richtigen Ansichten, um so mehr, als ihre ganz naturgemäße Entwickelung bei den Römern durch die sehr vielfach übereinstimmende Geschichte der Entwickelung des englischen Rechts in diesen Lehren ein Seitenstück erhält, aus welchem zu erkennen ist, daß sogar die äußeren Verhältnisse der Begriffe vom strafbaren Unrecht, d. i. das Hervortreten derselben in bestimmten Klassen unter den gebildeten Völkern zu der größten Uebereinstimmung führen, auch wenn das Eine sein Recht und seine Wissenschaft nicht von dem andern recipirt hat.

§. 116.

Von den Diebereien oder nicht räuberischen Entwendungen des deutschen Rechts, zugleich im Hinblick auf die Verderbungen und Beschädigungen.

In der Geschichte des deutschen Rechts ist bei der Lehre von den Diebereien und den Beschädigungen des Hab und Guts ein Zurückgehen auf die alten Volksgesetze ohne großen Erfolg, indem hier nur einzelne Arten von Diebereien und Beschädigungen vorkamen und bezeichnet sind, und an eine begriffsgemäße Darstellung nicht gedacht war [1]). Im Gesetze der Franken finden wir —

---

[1]) Wenn z. B. in der l. sal. emend. tit. 25 es heißt: Siquis caballum sine permissu domini caballicaverit — soll Komposition stattfinden, so ist nicht erwogen, ob die Handlung zur Dieberei zu rechnen sey, oder nicht.

Stehlen von Vieh aller Art, von Früchten, auch Wegführen eines Schiffes [1]), sodann Wegtragen aus den Gärten und Behaltungen [2]), wobei es darauf ankam, ob Jemand so viel, als er vermochte, oder weniger auf den Rücken genommen hatte. Aber auch das Ertappt werden im Wegtragen sollte als Dieberei gelten. Die Beschädigungen standen unter verschiedenen Gesichtspunkten, z. B. die heimliche Einziehung einer Ernte (kein diebisches Nehmen) wurde wie Diebstahl behandelt, ebenso das Beackern und Benützen eines fremden Feldes; dagegen sah man es für eine einfache Schadenszufügung an, wenn ein Knecht oder ein Thier dem andern auf dem Felde oder sonst Nachtheil brachte, natürlich in Beziehung auf die Haftung des Herrn.

Damit stimmt denn auch überall die **lex Saxonum** [3]) (die einigermaßen noch Quelle des späteren Sachsenrechts ist) überein, indem sie an zwei sehr verschiedenen Orten von den Diebereien und **de damno** handelt. Jedoch kam es theils nach dem von jeher fester regulirten Zustand des sächsischen Volksstammes, theils bei der schon späteren Zeit der Zusammenstellung dieser **lex** dahin, über die auf dem Systeme frei verbundener Männer beruhende Komposition das einem bessern Subjektionsverhältnisse entsprechende Strafwesen zu stellen, und so erscheint hier die Todesstrafe für den Pferdedieb, für nächtlichen Einbruch, wenn Sachen am Werth von **2 solid.** entwendet werden, — ohne Einbruch und bei Tag, wenn Sachen an Werth von **3 solid.** entwendet sind — außerdem Komposition und **fredum.** Die Lehre von der Beschädigung ist vollständiger wie im Frankenrechte aber im gleichen Geiste (tit. **XI. XII. XIII. XIV.**) behandelt, und es ist namentlich auch auf die Schadenszufügung passive an Thieren, dem Hauptreichthum in fahrender Habe jener Zeit, Rücksicht genommen [4]).

Das Recht der neueren Zeit ist nach dieser kurzen Erwähnung des ältesten Rechts nur in einem Punkte ein Erbstück

---

[1]) **L. sal. emend. tit. 23.**

[2]) **Tit. 29.** Behaltung heißt **screona.**

[3]) Ich habe durchaus die neue Ausgabe von Gaupp benüzt.

[4]) Die übrigen Volksrechte können außer Betracht bleiben, weil die Geschichte hauptsächlich auf fränkisches und sächsisches Recht zurückführt.

jener Vergangenheit (großer Diebstahl), und Cropp hat mehr gefühlt, als ausgesprochen, daß die begriffsfeste Lehre von Dieberei aus den deutschen Städterechten hervorging. Hier war die Gelegenheit, die rechten praktischen Beobachtungen zu machen, hier bildete sich dann auch der eigene Diebstahlsprozeß, und es ist mehrmals ganz richtig bemerkt worden, daß man im deutschen Rechte vor der Karolina, wie im römischen den Prozeß von den einzelnen Straflehren nicht trennen könne [1]), und erst seit der Karolina ist dieß anders. Aber die Lehre von den Beschädigungen blieb in der Ausbildung sehr zurück, und es fehlt uns noch heutzutage an einer vorarbeitenden Basis, da das römische Recht hiefür nicht zu gebrauchen ist. Man denke nur an das Verderben der Rebpflanzungen, an die boshaften Beschädigungen durch Wasser, an das Verderben des Futters, an die Verpflanzung der Viehseuche, an das Halten gefährlichen Viehes u. s. w.

Nach dem Städterechte aber sind drei Arten von Diebere zu unterscheiden:

a) Der uralte Begriff des Nehmens aus der Wehre. Wehre in diesem Sinne ist, wie Cropp vortrefflich nachgewiesen hat, ein geschlossenes Grundstück, clausura: in den alten Gesetzen der Völker war es der Garten, d. i. der Landbezirk, in dessen Mitte die Wohnung stand; deßhalb sprechen die leges Franconum von dem Einfall in den hortus alienus [2]). Die clausurae hatten wohl auch bloß faktische Bedeutung, z. B. bei den Umzäunungen, um den Schaden durch Thiere abzuwenden, aber hier verstehen wir unter clausura den juristisch gefriedeten Raum. Doch diese Lehre erhielt erst ihre volle Begriffsbedeutung mit der städtischen Einrichtung der Häuser und geschlossener Behaltungen (Magazine u. s. w.), was sich allmälig auf die Dörfer ausdehnte. Ganz verschieden hievon, als von *corpus*, oder von der Substanz ist aber das Wort Gewehr als Recht, oder das intelligible Ding, welches viel weiter als das römische Eigenthum

---

[1]) Die italienischen Kriminalisten hatten freilich auch hier sehr vorgearbeitet, aber gerade dieser allgemeine italienische Prozeß wurde erst mit der Reception der fremden Rechte Gemeingut in Deutschland. Wichtig ist hier schon die fertige italienische Lehre vom corpus delicti beim Diebstahl.

[2]) Tit. 29. §. 7.

ausgedehnt war, z. B. auch auf das Recht des Leihers oder Pächters, ferner auf das Recht des Treuhänders, so daß die Kränkung dieses Rechts nicht Dieberei, sondern im Geiste der hier einwirkenden kanonischen Rechtsbildung Spoliation, und hieraus zu erkennen ist, wie sich Dieberei und Spoliation unterscheiden.

b) Der als erste Ausdehnung entstandene Begriff des diebischen Behaltens. Davon ist noch keine Spur in den Volksbüchern; aber die alten Stadtrechte von Goslar, Soest und aus ihnen die Spiegel lassen die Sache an sich und im Gegensatze zum Diebstahl, welches Wort in dieser Richtung nicht eine Tautologie ist (obgleich es rein grammatisch Grimm mit Recht behauptet), klar und bestimmt hervortreten. Das diebische Behalten ist eigentlich ein bösartiger Vertragsbruch, Veruntreuung, Unterschlagung, das für sich Nehmen derjenigen, die in derselben Wehre mit dem Bestohlenen sind und mit den Sachen umzugehen Recht und Pflicht haben. Es ist daher auch falsch, wenn man das diebische Behalten auf den deutschen Rechtsbegriff der Gewähr zur treuen Hand hinführen will, denn auch das Leihen und Behalten, das Gebrauchen der Dienstleute und Behalten, das Abgeben an Handwerker und Behalten (ein Hauptpunkt in den städtischen Rechten), das Ableugnen des Gefundenen u. s. w., ist ein solches diebisches Behalten. Solche Dieberei wurde nicht so hart angesehen, wie der Diebstahl, und sollte überhaupt nicht so prozessirt werden, sondern nur dieselbe Buße und Wette geben [1]). Hier sieht man denn auch, wie das System der Bußen und Wetten nicht etwa hinüber führte in das System der Strafen, sondern wie beide ganz unabhängig voneinander sich ausbildeten, das eine aus dem alten Volksleben, das andere aus dem **sumnum imperium** der königlichen [2]) und staatlichen Gewalt. Erst in der Zeit der Karolina war der Gegensatz verschwunden und daher ist die Gleichstellung des diebischen Behaltens mit dem Diebstahl hier eine vollkommene.

c) Als zweite Ausdehnung kömmt vor das Veruntreuen im Handel und Wandel durch ungenaues Maß. Cropp [3]) meint

---

[1]) Sachsenspiegel Buch 2. Art. 29.

[2]) Also habent das dye künig geseczet. Schwabenspiegel 151, 15.

[3]) S. 37 ff.

zwar, die klare Bezeichnung eines solchen als Dieb in den Stadtrechten sey eine bloße Vergleichung und deute die grobe Volksansicht von der gleichen Schändlichkeit und Gefährlichkeit an, nicht den juristischen Begriff, allein gerade aus der Volksansicht entwickeln sich solche Begriffe, und die Sache wird bestätigt durch die gleiche Entwickelung und Ansicht im römischen und englischen Rechte. Nach kanonischem Rechte war es freilich falsum, weil das kanonische Recht dem neuesten römischen Rechte hierin folgte; nach dem kanonischen Rechte war das diebische Behalten auch mehr Betrug als Spoliation, und selbst die Kapitularien enthalten schon römische Ansichten vom falsum und Betrug; allein die Kapitularien hatten keinen Einfluß auf die Verbildung der germanischen Rechtsgrundsätze, wo diese nicht auf andere Weise in das Stocken geriethen.

Nunmehr nach der Darstellung der Erweiterung des Begriffes ist nichts wichtiger, als seine Begrenzung zu zeigen durch den Gegensatz von Raub (Rob) und durch die feste Beschränkung auf Fahrniß. In der ersten Beziehung tritt weit mehr wie bei den Römern die Bedeutung der clandestinitas hervor, wie wieder Cropp recht gut ausgeführt hat; die offene Wegnahme, wohin auch gehört das Wegnehmen bei Tag auf offenem Felde, ist kein Diebstahl, sondern ein eigenmächtiges Nehmen, was im weiteren Sinne Rob heißt, und was ebendeßhalb nicht immer unerlaubt, noch weniger immer strafbar war [1]). Eigenmacht mit Heimlichkeit und die daraus hervorgehende Verworfenheit macht den Diebstahl, daher der Raub nicht als eine Art der Dieberei im germanischen Rechte dargestellt werden kann, sondern soferne er strafbar ist, unter die Friedensbrüche gehört [2]).

Eine Dieberei am unbeweglichen Gut war schon deßhalb bei den Deutschen nicht gedacht, weil der ursprüngliche Begriff auf ein Wegtragen aus der Wehre ging. Und wenn in der obengedachten Stelle des Sachsenspiegels davon die Rede ist, daß,

---

[1]) Wer des nachts bearbeydet holt nymt oder gras, dat es duve, nymt he dat des Dages, so ist roff. Diese Vorstellung hatte, wie fast alles ältere germanische Recht, Einfluß auf die Karolina.

[2]) Das diebisch und raublich kommt im Schwabenspiegel wohl oft nebeneinander vor; allein dieß Rechtsbuch ist schon ein Gemische aus einheimischen und fremden Ansichten. Auch ist in dieser Gemeinschaft nie von dem Straf-, sondern nur von dem Ersatzrechte die Rede.

wenn eines Mannes Habe in Wassern zuvluzet, sie wieder herausgegeben werden müsse, so ist dieß doch nicht auf das zugeschwemmte Land zu beziehen, vielmehr wird dieses verloren.

Endlich ist noch in Betracht zu ziehen das Verhältniß der Entwendung oder der Dieberei in der angegebenen dreifachen Gestalt zur Verderbung und Beschädigung. Hier verlangte man, daß jeder freie Mann weder durch Gewalt Schaden thue, widrigenfalls er in den Friedensbruch fiel, noch auch durch eine gewaltsame Handlung ohne Friedensbruch Veranlassung zu einem Schaden gebe. Wer einen Baum niederschlägt, muß, auch wenn er das Recht dazu hat, ohne weiters den Schaden ersetzen, welcher geschieht, und es wird dabei auf eine weitere Untersuchung der Schuld nicht eingegangen. Und der Schadensersatz ist Kompositon, denn das germanische Recht unterschied nicht die privatrechtliche Pön und die privatrechtliche **rei persecutio**, sondern beides fiel in der Kompositon ineinander. Hieran schließt sich dann der Gedanke an, daß der Herr Komposition schuldig ist für den Schaden durch seinen Knecht oder durch sein Vieh. Natürlich ist Nichts mehr von dieser Lehre auf Zeiten anwendbar, wo man den richtigeren Standpunkt, die eines Volkes der Bildung und christlichen Heiligung würdige Grundlage der Schuld, gewonnen hat.

§. 117.

Was nun die rechtlichen Folgen des eigentlichen Diebstahls betrifft, und den Prozeß, so sind hiedurch die jezt mehr theoretisch als praktisch aufgestellten Arten des Diebstahls entstanden. Man unterscheidet den Prozeß um die Komposition und jenen um die Todesstrafe. Die lezte ist zwar nicht, wie Einige geglaubt haben, aus dem Standpunkte der **proditio** zu rechtfertigen, und hiernach als volksthümlich zu erklären, sondern scheint mehr durch die Polizei der **principes** entstanden zu seyn, worauf die **lex Ripuariorium (tit. 79. (81) judicio principis pendatur** genau hindeutet [1]), welche die älteste Stelle über das Hängen der Diebe ist [2]). Ebendeßhalb hat auch die **lex Saxonum**, in welcher der

---

[1]) Siehe auch den Schwabenspiegel 151, 15.
[2]) Dreyer von den Strafen S. 70. Note 12.

Einfluß der Prinzipalgewalt am meisten merklich ist, das Verhältniß der Todesstrafe auf die verschiedenen Diebstähle ganz ausgebildet und entwickelt, und nur das kann zugegeben werden, daß man den Dieb für schändlicher als einen Friedbrecher halten und daher die schmähliche Strafe der Verräther auf ihn anwenden mußte.

Das große Gesetz Friedrichs I. ist auch nicht bloß ein Friedensgesetz, sondern ein allgemeines Strafgesetz im Geiste seiner Zeit, und der Diebstahl, sowie das Unrecht der Straßenräuber, welches hier vorkömmt, hat nichts mit der **violatio pacis** zu thun. Sieht man diesen Kodex ganz durch, so begegnet man nicht nur der allgemeinen Ansicht:

Injuria seu furtum legitime puniatur,

sondern auch der bestimmten Unterscheidung folgender Fälle hinsichtlich der Diebereien:

1) **Publici latrones et convicti antiqua damnentur sententia** (diese waren schon nach den Kapitularien mit der Todesstrafe zu belegen).

2) **Si quis quinque solidos valens aut plus fuerit furatus, laqueo suspendatur, si minus scopis et forpice excorietur et tundatur.** Also wurden offenkundige Landdiebe [1]), große Diebe und andere Diebe unterschieden. An den erstern Begriff schloß sich zunächst die Ansicht an, daß wer mehrmals gestohlen habe, ein solcher offenkundiger Dieb **fur famosus** sey, und diese Ansicht bildete sich sowohl in den italienischen [2]) als deutschen Städterechten, aber erst gemeinrechtlich bestimmt durch die Karolina aus. In Italien hatte man zwar vielfach ein **consuetudo generalis**, die man oft dem römischen Rechte gegenüber auch als **jus lombardum** bezeichnete; allein die deutschen Spiegel, die einzig wahren Zeugen, sind hier nicht bestimmt.

Im Gesetze Friedrichs I. liegt demnach die älteste sichere

---

[1]) Diese hießen auch **fures famosi latrones**, auch **scachatores**, und das Wort **scachum** kömmt besonders in longobardischen Gesetzen und auch in einer Konstitution Otto II. bei Goldast und Pertz vor.

[2]) Es entstand hier schon die formelle Frage, ob es ein dritter Diebstahl sey, wenn Jemand über den ersten oder zweiten angeklagt, losgesprochen worden sey. *Clarus* **furtum** §. 63. Die Statuten von Parma sprachen von einem vierten Diebstahl. *Clarus* l. c. § 52.

Spur von dem durch die Karolina befestigten und noch jezt bestehenden Hauptunterschiede des Diebstahls in den großen und kleinen [1]), ferner in das furtum famosum et tertium — und in den gemeinen ersten. Es ist dieß eigentlich der Unterschied der todeswürdigen Diebstähle von den andern. Diese andern sollten an Haut und Haar gestraft werden, und sowohl nach dem Sachsen- als Schwabenspiegel von der Obrigkeit der niedern Gerichtsbarkeit prozessirt werden können. Diese Strafe konnte man dann auch lösen, und so fiel man in die Strafe des Zwiespiels. Das System der Spiegel ist eigentlich von dem bis hieher dargestellten in Nichts verschieden, nur ist der Sachsenspiegel auch hier reiner im germanischen Recht, wohl aber mit der Partikularrichtung auf Sachsen [2]). Dagegen ist der Schwabenspiegel reicher, deutsches, geistliches und hie und da auch gelehrtes Recht schon zu einem gemeinen ausgleichend. Beide stimmen so ziemlich in folgenden Punkten überein:

§. 118.

I. Im Strafrechte.

Den Dieb soll man henken, geschieht aber eyn diebheyt, die mynder ist als fünf (nach sächs. R. drey) Schilling, die gehört ze haut und ze hare, dye mag ein burgermeyster wohl richten, und alles das mag er richten, da man den leyb nit mit verleuret und nit blut vergeußet [3]).

Jeder Diebstahl aber, auch der vor dem Bürger- oder Bauermeister verurtheilte, macht ehr- und rechtlos.

---

[1]) Höchst wichtig ist es, daß man das Gesetz Friedrichs I. nicht für ein gemeines Strafrecht, sondern bloß für das Reichsfriedensrecht ansehen wollte. In Italien war es hauptsächlich die Rivalität der Städte gegen die kaiserliche Macht, welche diese Auslegung machte, und von den italienischen Juristen nahmen sie die Deutschen an; dem Buchstaben und Sinn aber war die Sache so allgemein, als die Dispositionen der Karolina mehrere Jahrhunderte später, wie auch Eichhorn anerkennt.

[2]) Z. B. schon im Begriff vom großen Diebstahl, wo der Sachsenspiegel bei den drei Schillingen stehen bleibt.

[3]) Schwabenspiegel 116, 1. Sachsenspiegel II. 13. Doch darf der Burgermeister nicht richten, wenn es nach der Klage übernächtig wird, doch dieß gehört in den Prozeß.

Der nicht an den Leib geht, kann nach Schwabenrecht mit fünf, nach Sachsenrecht mit drei Schillingen gelöst werden.

Dieß Alles versteht sich vom eigentlichen Diebstahl: das diebische Behalten sowohl [1]), wie das Unrecht im Maß, Gewicht und im Kauf [2]) wird ohne Leibesstrafe, also wie es schon damals hieß, bürgerlich abgethan.

Das Friederecht wird auf den Diebstahl insoferne angewendet, als derjenige, welcher in einer Mühle stiehlt, oder in Kirchen und Kirchhöfen stiehlt, oder dem Bauern seinen Pflug oder sonst etwas nimmt, entweder mit einer härteren Todesstrafe (Radtbrechen) belegt, oder schon bei geringerem Werthe des Bestohlnen an Leib und Leben gestraft wird [3]).

Wer dieb oder rauber hauset oder hofet, oder sy mit hylff sterkt, wird er des überwunden als rechte ist, man soll uber ihn richten als recht ist, als über jenen [4]).

Dieweyl eyn mensch under vierzehn Jahren ist, so mag er seinen leyb mit diebheyt nit verwirken, hat es aber pfleger oder gut, man soll es den leuten gelten. hat ers nit ze gelten, man soll ihm haut und har abschlahen [5]).

Gegolten soll die diebheyt immer zwifaltig werden [6]), und der Richter kann, wenn er will, (nach genaden) Buße nehmen.

Wer einen Ochsen stilt, oder ein ander ding, vierfach soll er den gelten [7]).

Der Nachtdieb in einem Hause sezt sich der Gefahr aus, daß er mit Recht getödtet wird,

---

[1]) Siehe besonders Cropp bei Hudtwalker und Trummer kriminalistische Beiträge II. S. 352.

[2]) Siehe Sachsenspiegel II. 13. Schwabenspiegel 116, 2. Ein Burggraf ist immer ein bürgerlicher Richter.

[3]) Schwabenspiegel 116, 45. Sachsenspiegel a. a. O.

[4]) Schwabenspiegel 116, 11. Sachsenspiegel a. a. O.; dieß dient zur Erklärung der Karolina 177, daß der receptator, wie der Dieb selbst bestraft werden soll.

[5]) Schwabenspiegel 150.

[6]) Nach dem Schwabenspiegel 150, 4.

[7]) Wahrscheinlich ist die Buße darunter. Schwabenspiegel 151. 14.; denn gleich kommt der Spiegel wieder auf die Zwiefalt als Regel zurück. Siehe auch 163, 1.

„das ist darumb gesetzet, daß die nacht bessern frid soll haben, denn der tag“ [1]).

Ferner wird im Schwabenspiegel beschrieben, was ein Strassenrauber sey: der, wer an Priestern, Bilgern und Kaufleuten stehle; ein solcher soll auch wenn nicht über fünf Schillinge, sondern weniger etwas gestohlen wäre, doch an der gemeinen Straß an einen aufgerichteten Galgen gehängt werden [2]). Es findet auch ein eigener Prozeß bei den Straßenräubern statt, was aber Alles aus den Kapitularien und aus deren Auffassung in den späteren Zeiten in den Gegenden des fränkisch-schwäbischen Rechtes abgeleitet werden muß, und auf schwankender Gewohnheit beruht zu haben scheint [3]).

„Wer rat oder hilff thut einem Menschen, das er stehle, das ist der diebheyte schuldig [4]).

§. 119.

II. Im Prozeß.

Man muß unterscheiden den Prozeß der handhaften That und des blickenden Scheins — sodann den Prozeß des güchtigen Mundes — sodann den Prozeß des Schubs — und endlich den Prozeß um die gestohlene Sache.

A. Der Prozeß der handhaften That findet statt, wenn der Dieb auf der That oder unmittelbar nach derselben auf der Flucht ergriffen wird. Die That darf nicht übernächtig geworden seyn. Der Beweis war, da die Notorietät da war, geliefert, und wenn der Dieb demnach leugnete, so sollte der Kläger selbsiebent schwören. Zu einem Gottesurtheil, zum Losschwören, zu einem andern Exkulpationsversuche wurde der Angeklagte nicht gelassen [5]).

Wenn der Dieb nicht unmittelbar mit der Sache ergriffen werden konnte, die Sache aber bei ihm gefunden wurde, so kam es darauf an, ob sie in Folge einer Hausuntersuchung in seiner

---

[1]) Schwabenspiegel 151. 15. Auch heißt es im Sachsenspiegel II. 39. Wer des Nachts Korn stiehlt, der verschuldet den Galgen, stiehlt er es des Tages, so geht es ihm an den Hals (decolletur).

[2]) Schwabenspiegel 163.

[3]) Besonders erklärbar ist daher, daß die große Acht zugleich über solche Straßenräuber ausgesprochen wurde.

[4]) Schwabenspiegel 212, 2.

[5]) Siehe die weitere Ausführung bei Cropp S. 379 ff.

Wehre betroffen wurde oder zufällig. Im ersten Falle hatte der Angeklagte den blickenden Schein wider sich, im andern Falle kam es darauf an, ob der Angeklagte rechtlos schon ist, oder nicht, denn nur in jenem Falle wird er nicht zur Exkulpation gelassen. Im andern Falle aber findet die Exkulpation durch Eid, Kampf, Beziehung auf den Gewährsmann, oder daß er die Sache selbst gemacht oder gezogen habe, statt.

B. Der Prozeß des gichtigen Mundes ist entweder

a) das Geständniß, welches vollkommen genügt, oder

b) bei gewissen Personen, z. B. rechtlosen und Straßenräubern die Präsumtion, oder die Angabe von Zeugen, die wenigstens so weit führt, daß der Angeklagte sich durch Gottesurtheil oder Eid exkulpiren muß.

C. Der Prozeß durch Schub. Wird bei Jemanden ohne Haussuchung und ohne den bis hieher angezeigten rechtlichen Verdacht eine gestohlne Sache gefunden, so treten bloß bürgerliche Folgen der Herausgabe ein, und bei einer gestohlnen Sache kann bekanntlich der Satz: „Hand muß Hand wahren“, nicht Platz greifen. Die römische vindicatio ist da.

Gibt aber derjenige, der wegen blickenden Scheins oder gichtigen Mundes unterliegen mußte, an, daß ein Anderer die Sache gestohlen oder ihn dazu verführt habe, so eröffnet sich der Prozeß um Schub

„vor got seynd sie beyd schuldig, vor den leuten wird nit denn der ein schuldig, der da siglos wird“ [1]);

nur wenn der, der den andern als Verführer angibt, auch siegreich bleibt, werden sie doch beide gehenkt.

D. Wird die gestohlne Sache vindizirt, so bedarf es nichts als des Beweises des Nehmens aus der Wehre.

Findet sich aber eine gestohlne Sache, die Niemand vindizirt, so soll sie der Richter behalten Jahr und Tag, ob Jemand käme. Kommt Niemand, so ist die Sache dem Richter verfallen, ausgenommen, wenn später der Bestohlene restituirt werden kann [2]).

Im Uebrigen hat das Recht zur Verfolgung der Sache nicht

---

[1]) Schwabenspiegel 211.
[2]) Schwäb. Landrecht 213.

bloß, wie nach römischem Rechte, der dominus, sondern vielmehr derjenige, aus dessen Wehr sie genommen ist, selbst mit Ausschluß des dominus, aber vorausgesezt, daß jener dem Eigenthümer für die Sache einstehen muß. Unbestimmt in den Quellen ist der Fall, wo die Sache dem dominus nicht entwehrt ist, sondern einem Andern und dieser für die Sache dem Herrn einzustehen nicht schuldig ist [1]).

§. 120.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß man den Ausdruck „dieß ist diebisch“ durchaus nicht so erklären darf, als wenn gleich der Prozeß und die Strafe des eigentlichen Diebstahls begründet wäre. Z. B. wenn es im Art. 37 des II. B. des Sachsenspiegels heißt:

„Wenn Jemand etwas findet, und es darnach verleugnet, so darnach gefragt wird, so ist es diebisch.“

Dieß Verleugnen oder diese Dieberei, sagt die Glosse, „geht keinem an den Hals, sondern auf Geldbuße [2]).

Hier schließt sich nun sehr natürlich die Lehre von den Beschädigungen nach der Darstellung der Spiegel an.

Ist Jemanden durch ein positives factum oder durch eine Verwahrlosung Schaden geschehen, so entsteht in ersterer Hinsicht zunächst die Frage, ob die Gesetze des Friedens dabei absichtlich verlezt worden sind [3]) — wo das Delikt seine Stellung bekömmt. Wo dieß der Fall nicht ist, so kann wohl nur bürgerlich verfahren werden, aber auch wegen Verwahrlosung, und wo ein Erfolg herbeigeführt wird, welcher mit einem Wehrgelde gut zu machen ist, so muß dieser hiernach verbußt werden [4]), außerdem wird der Werth bezahlt. Geschieht der Schaden durch das Vieh, so ist der Herr nicht minder verbunden, wenn er dasselbe Vieh nach der Zeit, da er die That erfahren, wieder in seine Gewehr

---

[1]) Cropp S. 248 ff.

[2]) Vergleiche auch den Sachsenspiegel II. 29. Dergleichen Diebstahl aber hat er nicht gethan, der ihm an seine Ehr oder an seinen Leib oder an seine Glieder geht, weil er es nicht diebisch aus des Andern Gewehr gebracht hat.

[3]) Glosse zum Sachsenspiegel zum 65. Art. des II. B.

[4]) II. 38.

nimmt. Derelinquirt er es aber, so ist er von dieser Haftung frei. Gewette dem Richter wird hier niemals gegeben. Im Uebrigen ist das Pfändungsrecht begründet [1]), und der Herr muß das Gepfändete mit seinem vollen Werthe auslösen [2]) weiter aber haftet er nicht, wenn er nicht selbst gehütet hat. Schweine und Gänse können nicht gepfändet werden.

Besonders wichtig aber ist die Rücksicht auf die verlezten Thiere. Diese als Gottes Geschöpfe haben nach dem Genius, welchen der Sachsenspiegel gleich im Eingange trägt und noch besonders im II. Buche 61. Artikel ausspricht, ihr Wehrgeld, und die verschiedenen Arten der Thiere sind hiezu auf das Genaueste unterschieden [3]).

Welcher Hund zu Felde geht, den soll man am Stricke halten, damit er Niemanden schade. Thut er aber Schaden, so soll es der, dem der Hund zu Felde folget, oder wo er es nicht ersetzen kann, sein Herr ersetzen [4]).

Wer einen beißigen Hund hält, oder einen zahmen Wolf oder einen Hirsch oder Bär oder Affen, der soll den Schaden, so sie thun, ersetzen. Will er sich ihrer nach dem Schaden entäußern, so ist er damit nicht unschuldig; wer außer den Bannförsten wilde Thiere hegen will, der soll sie in verwahrtem Gewehre haben [5]).

Wer in einem Bannforst Wild fängt, muß des Königs Bann wetten, d. i. 60 solid. zahlen. Windspiele, Bracken und andere Hunde muß er auffangen und koppeln. Niemand darf die Saat mit Jagen und Hetzen zertreten nach der Zeit, daß das Korn Glieder hat und schossen will [6]).

Wenn einer Holz hauet, oder Gras abschneidet oder in eines andern Mannes Wasser wilder Wage fischet, so ist seine Strafe drei Schillinge und ersezt den Schaden nach Recht. Fischet er aber in gegrabenen Teichen oder hauet er Holz, das

---

[1]) II. 47.
[2]) Auch wenn er selbst gehütet hat, 6 Pfennige Strafe zahlen.
[3]) III. 51. 48. Der Unterschied ist auch in Hinsicht der Tödtung, Verwundung und Lähmung ad exemplum der Menschen gemacht.
[4]) III. 49.
[5]) II. 62.
[6]) II. 61.

gesezt ist, oder Frucht tragende Bäume, oder bricht er Obst ab, oder hauet Mahlbäume um, oder gräbet er Steine aus, die zu Marksteinen gesezt sind, so muß er dreißig Schillinge geben. Wer des Nachts gehauen Gras oder gehauen Holz stiehlt, den soll man mit der Weyde richten, stiehlt er es aber bei Tage, so geht es ihm zu Haut und Haar [1]).

Nicht anders, als mit den Worten des Sachsenspiegels und dabei ohne ängstliche Rücksicht auf Zusammenhang der Sätze, kann und muß man die mittelalterlichen Ansichten von Beschädigung, Vorenthaltung und Entwendung aufstellen. Man sieht hier, welcher Wirrwarr entstehen mußte, als nach der an sich schon schlechten Auffassung des römischen Rechts durch die italienischen Juristen dieses fremde Recht mißverstanden, mit den wohl erwogenen aber größtentheils anders gebildeten deutschen Gewohnheiten in eine Vermischung gebracht wurde, deren unheilvolle Richtung nur durch das Eingreifen der Karolina nicht ganz, aber doch zum Theile abgewendet wurde.

Italienische Schriftsteller.

§. 121.

In keiner Lehre übten diese auf die deutsche Rechtsbildung weniger Einfluß. Deßhalb mag hier eine ganz allgemeine Charakterisirung des Resultates ihrer Arbeiten genügen. Unter den älteren ist Gandinus in dem Titel de furibus et latronibus am wichtigsten. Aus seiner Zusammenstellung sieht man, daß hier das Statutarrecht die meiste Bedeutung hatte, daß man wohl auch ein gemeines lombardisches Recht annahm, weniger aber in die Satzung Friedrichs I. gründete, die nicht aller Orten praktisch geworden war, als in Gewohnheiten, die dem römischen Rechte entgegenstanden. So ist z. B. nicht unwichtig, daß der erste Diebstahl mit Verlust des Auges, der zweite mit Verlust der Nase, der dritte aber mit dem Galgen bestraft wurde. An Mißverständnissen fehlte es nicht, z. B. der fur manifestus war der auf handhafter That prozessirte Dieb, so kennt Gandinus

---

[1]) II. 28.

auch den homicida manifestus, aber merkwürdig ist, daß er auch von dem adulter und usurarius manifestus spricht, wo der kanonische Begriff der Notorietät mehr unterzuliegen scheint. In den Beschädigungen wird hauptsächlich von dem Schaden durch Thiere im germanischen Rechtssinne gehandelt.

Unter Clarus hatte natürlich die italienische Praxis sich sehr befestigt — er unterscheidet besser das römische furtum, die kanonische spoliatio und die todeswürdigen Arten des germanischen Diebstahls. Allein er nimmt aus dem römischen Rechte die poena extraordinaria, und dehnt dann den Begriff auf das römische furtum aus, z. B. auf den Fall, wo Jemand eine verpfändete Sache heimlich verkauft: und immerhin sieht er römisches Recht, wo nicht neuere Gewohnheiten und Satzungen, namentlich Statute eingreifen, als das gemeine an; daher bemerkt er, daß die Statuten über Gehülfen anders lauten, als über Begünstiger u. s. w. Todeswürdig ist ihm der Diebstahl — (also der Tod die poena ordinaria) wenn der Dieb einen großen Diebstahl nach Friedrichs Satzung begangen hat, oder wenn der Dieb ein publicus vel famosus ist, d. h. schon wegen mehr als einem Diebstahl abgestraft war. In Sicilien gelten drei noch nicht abgestrafte kleine Diebstähle immer für einen großen. Dabei fing man schon an zu untersuchen, was ein fortgesezter Diebstahl sey. Endlich ist für den Prozeß sehr wichtig, daß Clarus vom corpus delicti beim Diebstahl spricht, welches besteht, wie heutzutage, in der Konstatirung aller Umstände über den Diebstahl, die auch ohne den Thäter geschehen kann.

Von der Karolina.

§. 122.

Die Bambergensis, welche hier der Karolina gänzlich zu Grunde liegt, ist offenbar auf der communis consuetudo, wie sie in dem fränkisch-schwäbischen Rechte (Schwabenspiegel) theilweise aufgezeichnet ist, aufgerichtet, und römische Begriffe hatten höchstens jene Bedeutung, welche sie bei der Glossirung des Sachsenspiegels geltend machten, hie und da ein zweideutiges Licht zu verbreiten, was auch die späteren deutschen Kriminalisten vielfach verführt hat. Niemals hätte das Wesen des Diebstahls aus der römischen

Lehre vom furtum erläutert, oder gar der römische Begriff an die Spitze der Lehrbücher gestellt werden sollen; auch nicht ein einziger Gedanke in der Karolina gehört unmittelbar und wahrhaft dem römischen Rechte an, und die gemeinrechtlich deutsche Lehre vom Diebstahle hätte durchaus auf einheimischen Materialien aufgeführt werden sollen, was freilich nicht geschehen ist, sowenig in den Werken der Schriftsteller als in der Praxis oder Jurisprudenz. Wir beweisen unsere Ansicht in der Erklärung der einzelnen Artikel der Karolina nach dem ihr zu Grunde liegenden Systeme:

I. Im Allgemeinen ist die leitende germanische Idee allerdings der Gegensatz des Entschädigungs- oder Kompositionensystems zum Prinzipe der causae graviores des verletzten königlichen Friedens oder zu den Verbrechen, die an Hals und Hand gehen. Vor der Karolina war jenes Kompositionensystem (nicht zu verwechseln mit der römischen persecutio rei) immer noch das herrschende in den Angriffen auf Leib und Gut, zumal die Strafen an Haut und Haar nur dann stattfanden, wenn Jemand die Komposition nicht bezahlen konnte, und umgekehrt besonders gedrohte Strafen an Haut und Haar sogar abgelöst werden konnten. Die Bedeutung des „Peinlichen“ geht daher an die Strafen an Hals und Hand, und die Ablösung hier kam nur vor, wenn ganz besondere Rücksichten, z. B. auf den hohen Stand des Angeklagten, genommen wurden. Der Diebstahl gehörte aber zu den causis gravioribus oder peinlichen Sachen, wenn er stattfand

a) an besonders befriedeten Sachen, Kirchen, Mühlen, Pflügen [1]). Die Karolina spricht zwar nur vom Kirchendiebstahle, aber sie hat schwerlich die andern Richtungen aufgeben wollen;

b) wenn er eine Vergewaltigung war durch Einbrechen und Einsteigen in Häuser und Behaltungen, sowie durch das Eingehen mit Waffen;

---

[1]) Wahrscheinlich war nach dem Begriffe von Hausfrieden auch das Gut im Hause in Beziehung auf das Gesinde befriedet, daher man heutzutage noch einen solchen Diebstahl für qualifizirt achtet. Es ist aber nur Gewohnheitsrecht und die Karolina sagt Nichts davon.

c) wenn er ein großer Diebstahl war;

d) wenn er nicht der erste Diebstahl war.

Mit der hier genommenen Rücksicht ist nicht zu verwechseln das Verhältniß, wo auf den Diebstahl absolut die Todesstrafe gesezt war, und wo das Recht vor der Karolina von dem Rechte aus der Karolina sich sehr unterscheidet. Ein Vergewaltiger sollte nach jenem Rechte die Schwertstrafe leiden, der große und der dritte Dieb aufgehängt werden, und der zweite Dieb kam zwar, wie auch Gandinus bezeugt, vor die Richter des Ungerichts, aber wenn die beiden Diebstähle keinen großen machten, so wurden nur Strafen an Haut und Haar aufgelegt. Der erste kleine Diebstahl ohne Vergewaltigung gehörte zum Rügerecht des Bürger- und Bauermeisters, wo das Zwiespiel gegeben, oder soferne dieß nicht möglich war, Züchtigung und Einsperrung verhängt wurde. Im Ganzen ist dieß vorkarolinische System in der theoretischen Unterscheidung der einzelnen Arten des Diebstahls auch das der Karolina.

§. 123.

II. Das Eigenthümlichste gegen das ältere deutsche Recht besteht in der Karolina in dem prozeßualischen System. Von dem Prozesse der handhaften That konnte nicht mehr die Rede seyn; also hätte Alles, was damit zusammenhängt, lediglich aufgegeben werden müssen; allein in den Augen des Volks war dieser Prozeß, an welchem das Volk durch das Gerüfte [1]) so unmittelbaren Antheil nahm, wenigstens darin zu erhalten, daß ein solcher von vorneweg überführter und deßhalb ehrloser Dieb nicht mit einer bloßen Rüge im bürgerlichen Verfahren durchkomme. Wenn daher nach den Art. 157 und 158 der Karolina der erste kleine Diebstahl bürgerlich mit dem Zwiespiel, oder wo der Dieb dieß nicht entrichten kann, mit Schlägen oder Gefängniß zu bestrafen ist, so soll der Dieb der handhaften That vor das Malefizgericht gebracht werden, er wäre denn eine angesehene und Besserung versprechende Person. Ob aber der Dieb mit oder ohne Diebstahl einkömmt (die alte Lehre von blickenden Schein) darauf soll nicht geachtet werden. Wenn nun aber nach Art. 158 der angesehene Dieb der handhaften That das Vierfältige geben

---

[1]) Und beschwert ihn gemeldte Aufruhr.

soll, so ist dieß offenbar aus dem römischen Rechte von dem furto manifesto genommen [1]).

Als eine prozeßualische Veränderung ist auch zu bemerken, daß der Prozeß durch Schub wegfiel, und dagegen das Finden der gestohlnen Sache bei Jemanden und jede andere Spur derselben in die Lehre von den Indicien hinführt [2]). Ueberhaupt sind die Qualifikationen des Diebstahls als gewaltsamer und großer im neuen Prozesse dahin benüzt, daß angegeben ist, worauf der Richter zur Ergründung des Thatbestandes hier sein Augenmerk zu richten habe. So kam es, daß das Sperr- und Brechwerkzeug uneigentlich als corpus delicti aufgefaßt wurde [3]). Dieß Alles ist freilich aus der italienischen Praxis genommen.

§. 124.

III. Immer wurden diejenigen Institute des deutschen Rechts am leichtesten erhalten, welche einigen Anklang im römischen Rechte fanden. Das Einsteigen und Brechen in Behausung und Behaltung war nach altdeutschem Rechte violatio pacis im weitern Sinne wenigstens als Verletzung des Hausrechts, ebenso der Ueberfall mit Waffen. Aehnliches kömmt im römischen Rechte hinsichtlich des effractor und desjenigen vor, qui cum telo furandi animo incedit. Ein solcher Diebstahl wurde auch bei den Römern immer mit einer öffentlichen Strafe belegt, und die Karolina will ihn mit Strafe an Hals und Hand belegen. Der Umstand, daß der Diebstahl ein kleiner nicht handhafter sey, soll die peinliche Strafbarkeit nicht aufheben; aber als Milderungsgrund wird man doch immer darauf achten können, zumal die Karolina verschiedene größere oder geringere Strafen elective angibt. Im Uebrigen ist ein solcher Dieb noch nicht ein Vergewaltiger im deutschen Sinne des Wortes, denn die Vergewaltigung ist immer auf die Person gerichtet, und daher wird auch das Einbrechen und Einsteigen an sich nur als eine

---

[1]) Die Vermischung des römischen f. manifesti mit dem deutschen Begriffe haben übrigens auch die italienischen Kriminalisten, wie schon oben bemerkt ist *Bonifac.* §. contrect. n. 89.

[2]) Art. 43.

[3]) Art. 43.

Geflissenheit und Gefährlichkeit in der Gesinnung des Diebs, und das Tragen der Waffen als eine Gefahr der Vergewaltigung dargestellt.

§. 125.

IV. Der große Diebstahl soll nicht mehr an sich todeswürdig seyn, sondern nach Erwägung von vier Umständen bestraft werden. Diese sind: das Verhältniß der Größe des Diebstahls in abstracto, sodann in Beziehung auf den Bestohlnen — sodann der Umstand, ob es eine handhafte That ist oder nicht, endlich ob der Dieb eine Person ist, die wegen Standes und Bildung auch zu hoffender Besserung Rücksicht verdient oder nicht. So sieht man überall dieselben Momente der Strafbarkeit in der Beurtheilung des Diebstahls wiederkehren. Es könnte gefragt werden, ob der Richter noch auf andere Umstände Rücksicht nehmen darf, da hier ein so bestimmtes System der Strafansichten sich ausspricht; allein wir sind doch geneigt, ein erweitertes arbitrium zuzulassen, weil überhaupt die Bestrafung in das Ermessen der Doctores gestellt, und diesen die Benutzung des gemeinen gelehrten Rechts vollkommen freigelassen ist. Das justinianische Recht aber läßt überhaupt auf die atrocitas delicti achten, besonders wo die poena publica erst in der Zeit der Gerichtsbarkeit der kaiserlichen Beamten begründet wurde, für welche der Grundsatz des l. 13. D. 48. 19. galt, so daß ihr arbitrium subjektiv und objektiv ziemlich frei war.

Die Konkurrenz des gewaltsamen Diebstahls mit dem großen aber sollte die Sache zu einer Kapitalsache machen und ist daher hieher der Art. 163 eigentlich nicht anwendbar, wornach nur eine Qualifikation des Diebstahls in Anschlag gebracht werden soll [1]); allein die Doktrin und Praxis hat solche Punkte immer sehr schwankend und verschiedenartig erklärt. Die alten Schillinge (solidi), namentlich die sächsischen [2]), konnten natürlich nicht

---

[1]) Nach dem Grundsatz: jus generale non derogat speciali.

[2]) Darüber Cropp a. a. O. und Gaupp in seiner lex Saxonum — die auch die Geschichte des aus dem sächsischen Rechte kommenden großen Diebstahls erzählen.

mehr in Betracht kommen, sondern der Goldgülden jener Zeit, welcher in der Folge in dem ungarischen Dukaten seinen festen Maßstab durch die Praxis erhielt [1]).

§. 126.

V. Auffallend kann es scheinen, daß in der Karolina von den Straßenräubern nicht die Rede ist, weder in dem Sinne des römischen latro und grassator, noch in dem Sinne des Schwabenspiegels, noch in dem Sinne der italienischen Kriminalisten. In der ersten Bedeutung war eine Aehnlichkeit mit den Landzwingern, nur daß die deutschen Landzwinger unter allerlei Vorwand ihr Unternehmen ehrenhaft und erlaubt zu machen suchten, während der römische grassator und latro die Gesetzlosigkeit und Schändlichkeit seines Ge- und Erwerbes anerkannte. Der Sinn des Schwabenspiegels scheint nicht allgemein anerkannt gewesen zu seyn; die italienischen Kriminalisten aber hatten die Ansicht eines gewerbmäßigen Diebs [2]). So verbanden sie damit den Begriff des „Berüchtigt- oder Bekanntseyn“ fur famosus. Allein die Karolina will in der That nicht, wie die Neueren sagen, ein abgeschlossenes vollendetes Gesetzbuch seyn, und ließ die Dinge unbestimmt, worüber Niemand Bedenken hatte. Daß aber derjenige, welcher dreimal gestohlen hat, ein fur famosus genannt wird, kömmt von den italienischen Kriminalisten [3]): daß er einem Vergewaltiger gleich zu achten sey, drückt nicht etwa aus, daß er wie ein Räuber zu behandeln sey, denn sonst wäre die Schwertstrafe vorgeschrieben, als vielmehr, daß er ein allgemein gefährliches Subjekt sey, wie ein latro. Unzweifelhaft wurde zuerst nicht darauf gesehen, daß ein solcher wegen Diebstahls schon gerichtet worden, und es zeigt dieß am besten der Umstand, daß gerade dieses Begriffes des dritten Diebes wegen von den

---

[1]) Der Anhaltspunkt für die Praxis sind die sächsischen Konstitutionen Böhmer ad art. 157. CCC. §. 5.

[2]) In einem weitern Sinne nannten sie auch alle fures atrociores — latrones, wofür auch die italienische Sprache bürgt. Siehe auch Mittermaier zu Feuerbach §. 314.

[3]) Gandinus, Bonifac. und besonders aus ihnen Damhouder c. 110. 31. Siehe auch Clarus.

italienischen Kriminalisten die Frage vom furtum continuatum aufgeworfen ist; allein die Praxis — gerade um solche und andere Schwierigkeiten zu vermeiden, und aus natürlicher Billigkeit verlangt allmälig, wie vorzüglich Damhouder bezeugt, daß die bisherige Bestrafung wirkungslos gewesen sey. Freilich kömmt man dann wieder in Verlegenheit, ob nicht derjenige, der in einem und demselben judicio wegen zweier Diebstähle bestraft ist, wenn er wieder betroffen wird, ohne Weiters ein dritter Dieb genannt werden müsse — und es lassen sich alle diese Punkte weder durch Exegese noch durch historische Forschungen abthun, weil man zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten verschieden darüber dachte; in Hinsicht auf den Gerichtsgebrauch unserer Zeit aber dürfte die mildere Meinung durch Damhouder, Stryck, Struben, Leyser und Andere hinlänglich befestigt seyn, wenn auch in den Kompendien die Sache natürlich immer wieder auf die zweifelhafte theoretische Lage zurückgebracht werden wird und muß. Daß bei dem zweiten Diebstahl Nichts darauf ankomme, ob der erste schon gestraft sey, darüber sind fast alle einstimmig [1]).

§. 127.

VI. In objektiver Hinsicht sind folgende nicht weniger auf das ältere deutsche Recht gegründete Singularitäten in der Karolina.

a) Das Nehmen der Früchte vom Felde. Schon die Spiegel unterscheiden, ob es bei Nacht oder bei Tag geschieht. Die Karolina behält den Unterschied in einer Weise; der nächtliche Diebstahl an Früchten (obgleich kein eigentlicher im alten germanischen Sinne) wird jezt immer als wirklicher Diebstahl behandelt, und zwar nach den Richtungen des Systems der Karolina. Der Diebstahl an solchen Dingen bei Tag nur dann, wenn ein bedeutender Schaden geschehen ist, was natürlich in das arbitrium des Richters zurückführt.

---

[1]) Siehe jedoch Mittermaier zu Feuerbach §. 325 — allein der wahre Standpunkt des zweiten Diebstahls vor dem Malefizgerichte, im Gegensatze des ersten vor dem Bürger- oder Bauermeister ist hier gänzlich verkannt. Ein Dieb, der zweimal gestohlen hat, soll nämlich ohne Weiteres vor das Malefizgericht kommen.

b) Das Nehmen und Abhauen des Holzes. Wer gehauenes Holz nimmt (obgleich nicht aus der Were, sondern aus dem Walde) ist Dieb; wer Holz haut — der wird nach Lokalgewohnheiten und Forstrecht gerügt, strenger, wenn er bei Nacht oder an Feiertagen haut, weil hier die Aufsicht des Forstmanns getäuscht wird.

c) Das Nehmen der Fische aus Weihern oder Behältnissen (wieder nicht aus der Wehr) wird ebenfalls als Diebstahl angesehen — das Fangen der Fische aus fließendem Wasser wird gerügt. Vom Wild sagt die Karolina Nichts: der Wilddiebstahl gehört erst späteren Zeiten an, wo das Wild in den Augen der Wildherren mehr Bedeutung gewann.

§. 128.

VII. Der Kirchendiebstahl ist in der Karolina ganz nach den Ansichten des kanonischen Rechts behandelt. Der Diebstahl an Staatsgut muß wie der Diebstahl an Privatgut angesehen werden, denn in jener Zeit, wo das Reich selbst fast Alles entäußert hatte, war der Begriff von Staatsgut im römischen Sinne gar nicht anwendbar, und die Fürsten und Städte wollten ihn auch noch nicht angewendet wissen. Dabei war ja auch der Diebstahl von Privatgütern, wie der römische Pekulat, ein mit öffentlicher Strafe belegtes Delikt. Man sieht auch hieraus, daß das römische Recht so leichthin in dieser ganzen Lehre als gemeines Recht nicht benüzt werden kann.

§. 129.

VIII. Die Ausdehnung des Diebischen als diebisch behalten, wird im Art. 170 der Karolina mit den Folgen des wirklichen Diebstahls angesehen, was früher der Fall nicht war. Das Wort „diebisch und räuberisch“ in den Spiegeln bedeutet immer nur das Objektive des verlornen Guts, mit Rücksicht auf die Art und Weise des Verlustes, wobei dann auch nur die Folgen der Wiedererlangung des Verlornen und die Komposition in Betracht kamen, weßhalb bloß in dieser Beziehung und durchaus nicht weiter diebisch und räuberisch als Arten eines allgemeinen Begriffes angesehen werden können. Der sogenannte Funddiebstahl ist nach der Karolina als solcher nirgends begründet,

und wenn der Art. 170 auch weiter als auf die Depositare anzuwenden ist, so geht er doch keineswegs auf die Ableugnung des Gefundenen, um so weniger, als die Karolina in der Gleichstellung der Unterschlagung mit dem Diebstahl ein korrektorisches Recht ist. Auch gehört nicht zum Diebstahl das Betrügen mit Maß und Gewicht, sondern im Sinne der Karolina zur Fälschung.

§. 130.

IX. In subjektiver Hinsicht kommen

a) die jungen Diebe in Betracht. Es ist hier in der Karolina ein Gemisch deutschen und römischen Rechtes. Schon im Schwabenspiegel kömmt diese Richtung vor: es ist hier die Rede von den jungen Dieben unter vierzehn Jahren, und von den jungen Dieben unter sieben Jahren; im ersten Falle ist an die germanische Unzurechnungsfähigkeit des Alters, im andern an die römische gedacht. Karl spricht von der leztern gar nicht und von der ersten im germanischen Sinne, wornach sie Kapitalstrafe nicht leiden sollen, aber weil die Komposition nicht mehr stattfand, andere Leibesstrafe. Dabei erinnert sich Karl, daß die römischen pubertati proximi für zurechnungsfähig gehalten wurden und will nun, daß, wenn die Bosheit in concreto das Alter erfüllte, nach Rath der Rechtsverständigen auch zur Kapitalstrafe geschritten werden könne. An die römische pubertas von 12 Jahren bei Weibern ist nicht gedacht, und man darf daher auch auf diesen Unterschied hier nicht zurückkommen.

b) Die Hausdiebe. Es ist hier nicht von dem Diebstahle der Familienangehörigen im weitern Sinne die Rede, welche entweder wirklichen Diebstahl oder diebisches Behalten verschulden, sondern von jenen Familienangehörigen, die ein Erbrecht auf das gestohlene Gut haben. Einige meinen, es sey im Art. 165 von dem Diebstahle an Gütern einer hereditas jacens durch die Erben selbst die Rede [1]): Andere dehnen die Disposition auf die Güter des noch lebenden Erblassers aus, soferne nur eine juristische Erbhoffnung vel ex lege, vel ex testamento, vel ex pacto da sey; und der leztern Ansicht treten wir bei. Die Disposition mag sich theils auf germanischen Ansichten vom Familien-

[1]) Dieß ist aber nicht die römische expilatio hereditatis.

Gesammtgut, welches ja auch auf einzelne bewegliche Sachen ging, theils auf das mißverstandene römische Recht gründen, kann aber jezt nicht anders aufgefaßt werden, als worauf die klaren Worte gehen. Die Intention des Gesetzgebers ist, daß solche Personen so wenig wie Mann und Weib einen Diebstahl begehen, es wären denn besondere Umstände vorhanden, weßhalb auch Untersuchung nur auf Anregung des Betheiligten stattfinden und die Entscheidung von den Gelehrten nach den ihnen zu Gebote stehenden gelehrten Mitteln geschehen solle. In Hinsicht auf die amotio unter Eheleuten sind wir somit rein in das R. R. verwiesen.

§. 131.

X. Der Nothdiebstahl, welcher entschuldigt wird, hat eigentlich seine Grundlage im germanischen Rechte, nämlich in dem durch die Spiegel bezeugten Herkommen, daß wer im Hunger etwas von den Früchten der Erde nimmt und dabei keinen merklichen Schaden thut, für sich und sein Thier Nichts verschuldet. Das kanonische Recht hat dieß weiter ausgedehnt auf alle eßbare Sachen, ja auch auf Kleider, also auf die unmittelbaren leiblichen Bedürfnisse. Und unbedenklich darf die Karolina, obgleich sie nur von eßbaren Dingen in der Hungersnoth spricht, so aufgefaßt werden.

§. 132.

Sehen wir nun mit der Kenntniß des römischen und germanischen Rechts auf die Karolina hin, so zeigt sich unzweideutig

1) daß der Begriff von Diebstahl und der damit zusammenhängende Unterschied von eigentlicher und uneigentlicher Dieberei lediglich aus deutschem Rechte geschöpft sind. Man kann nicht einmal sagen, der deutsche Diebstahl ist das römische furtum rei, denn dieses hat theils in dem Begriffe von contrectactio, welcher ein betrügerisches Umgehen mit einer res bedeutet, theils in dem verschiedenartigen Interesse, welches man an der Proprietät der Sache, z. B. auch als Pfandgläubiger haben kann, einen größern Umfang. Nur das kann man zugeben, daß im Rechte der Karolina dieselbe Grenze zwischen Dieberei und Beschädigung ist, wie im römischen Rechte, indem der animus lucri faciendi hier

wie dort dem animus damni dandi entgegengesezt wird. Auch hat sich das neuere deutsche Recht dadurch dem römischen genähert, daß jezt nichts mehr auf das Nehmen aus der Wehr des Bestohlnen und auf das Bringen in die Wehr des Diebs ankömmt, sondern vielmehr die römisch-civilistische Ansicht vom Besitz jezt gilt, wornach die Vollendung des Diebstahls auch in der That allein durch die Apprehensionstheorie bestimmt und gerechtfertigt wird. In Hinsicht auf die uneigentliche Dieberei ist in der Karolina die Unterscheidung von der eigentlichen auch keineswegs aufgehoben, also ist jene eine Veruntreuung und die Aneignung braucht daher nicht gerade in habsüchtiger Richtung, wie beim Diebstahl, geschehen zu seyn. Hieraus zeigt sich auch von selbst, wie die eigentliche und uneigentliche Richtung unter dem Namen Dieberei noch immer zusammengefaßt werden kann, aber es zeigt sich auch

α) daß ein anderes Verhältniß ist des römischen furti und der rapina, als der deutschen Dieberei und Räuberei. Der römische Gegensatz ist später erst aus der Einheit des Begriffs hervorgetreten; der deutsche war immer vorhanden, und nur in Beziehung auf privatrechtliche Verhältnisse, hat man auch im deutschen Rechte diebisch und räuberisch, wie dieß bei den Römern in der res furtiva geschah, gleichgehalten, und hierauf paßt denn auch allein der allgemeine Ausdruck Entwendung, der für das Strafrecht ganz bedeutungslos ist;

β) daß ein anderes Verhältniß ist des römischen furti und stellionatus und der deutschen Dieberei und des Betrugs. Der Betrug gehört nicht nur gänzlich zu den Beschädigungen, sondern enthält jezt auch nur solche Handlungen, die keine Dieberei sind, was bei den Römern nicht der Fall ist.

2) Noch bedeutender ist die Verschiedenheit in den Arten zwischen dem Diebstahl, den wir hier allein im Auge zu haben brauchen, und dem furtum. Dieser Punkt hat mehr noch, wie die Lehre vom Begriff des Diebstahls, die deutschen Schriftsteller von Carpzow her verführt; die meisten wollten in das System der Karolina den Pekulat, die violatio sepulcri, den Abigeat, Direktariat u. s. w. hineinziehen, welches durchaus falsch ist, indem das System der Karolina für sich erschöpfend und abgeschlossen ist. Nicht einmal der Unterschied zwischen furtum manifestum

und non manifestum, obgleich die Karolina in dem duplum und quadruplum auf ihn hingesehen hat, ist in Wahrheit, wie schon oben gezeigt worden, in die Karolina aufgenommen.

3) In Hinsicht der Strafen und des Prozesses kann ohnedieß Nichts aus dem römischen Rechte genommen werden, und in lezterer Hinsicht ist besonders wichtig, daß der Diebstahl immer von Amtswegen verfolgt wird, den einzigen Fall des Hausdiebstahls im engern Sinne ausgenommen, und daß selbst, wenn kein Ungerichts-, sondern nur ein bürgerlicher Prozeß stattfinden kann, wie bei dem ersten kleinen Diebstahl, doch die Rüge von Amtswegen statt hat, wodurch unser polizeiliches Einschreiten historisch wohl begründet ist.

Auf dieser Grundlage hätte die Lehre von den Diebereien unter den deutschen Schriftstellern fortgeführt werden sollen; allein nicht leicht sind der Irrwege mehr eingeschlagen worden, als in dieser Lehre.

Praktische Resultate.

§. 133.

Zuerst sind kurz die Mißgriffe der älteren und neueren deutschen Systematiker zu bezeichnen. Da man die Karolina überhaupt mit Glossen aus dem römischen Rechte versehen hatte, so mußte dieses natürlich auch in unserer rein germanischen Lehre geschehen — die kleinen Ausgaben der Karolina, die Uebersetzungen von Gobler und Remus sind mit solchen Hinweisungen trügerischer Art gefüllt. Bei dem Mangel historischen Sinnes und bei der Unkenntniß der deutschen Etymologie und ältern Sprache sind auch an sich diese Uebersetzungen oft tadelhaft, z. B. Gobler übersezt „Behaltung“ mit habitatio, Remus mit arca. Carpzow und Böhmer folgen einem dunkeln praktischen Gefühle, aber sie nehmen ebenfalls römisches und deutsches Recht, wie wenn das eine aus dem andern zu erklären, zu ergänzen und in beiden nur ein und dasselbe System wäre. Die Kompendien des achtzehnten Jahrhunderts konstruiren meistens unglücklich Begriffe und Eintheilungen und ziehen römisches Recht unt Stellen der Karolina als Beweisstellen expost hinein. Das römische Recht mußte auch schon deßhalb dabei gewinnen, weil hie

die Begriffe fertig vorlagen, das deutsche Recht aber damals noch viel weniger wie jezt verstanden wurde [1]). In diesem Geiste ist auch noch Feuerbach's Kompendium geschrieben; das Lehrbuch des Verfassers dieser Schrift aber hält sich zwar an die Karolina, und ordnet diese dem römischen Rechte nicht unter, dagegen fehlt es an der richtigen Erklärung des Systems der Karolina aus der Vergangenheit und an der festen Begründung der praktischen Resultate. Diese scheinen uns folgende zu seyn:

I. Aus dem Worte „Entwendung" ist für das Strafrecht Nichts abzuleiten, denn da dieses Wort heimliche und gewaltsame Entziehungen fremden Eigenthums in sich schließt, so ist diese Zusammenstellung nur für civilrechtliche Folgen brauchbar, die unter uns nirgends mehr praktisch sind, weil gerade hiefür der römische Begriff von furtum und **res furtiva et vi possessa** eingreift. Wir zweifeln auch keinen Augenblick, daß für die civilrechtlichen Persecutions- und andern Folgen der römische Begriff von **furtum** in seiner vollkommenen Ausdehnung des justinianischen Rechts gemeinrechtlich zu gebrauchen ist.

§. 134.

II. Dagegen in Hinsicht auf das deutsche Strafrecht muß man vorerst Diebstahl und Unterschlagung unterscheiden, und den ersten auf die Besitznahme einer fremden beweglichen Sache in der eigenmächtigen Wegnahme aus des bisherigen Detentors Händen mit der Gesinnung, die Substanz der Sache zu eigenen Zwecken zu verwenden, beschränken. Hieraus folgt

a) daß der Diebstahl, wie immer, ein Wegnehmen einer beweglichen körperlichen Sache ist, aber

b) nach den jetzigen Vorstellungen aus der Detention eines Andern, sey der Detentor Eigenthümer, Besitzer oder Inhaber auf fremden Namen, so daß

c) mit der Apprehension die Handlung vollbracht ist, und wobei

d) Gewinnsucht und eigenmächtige, gewöhnlich heimliche Entziehung Zweck und Mittel sind.

---

[1]) Bekanntlich hat Perneder die Lehre von den Diebstählen aus seinem Werke ganz ausgelassen, weil er sie in den Institutionen unter den oblig. ex delictis privatis erwähnt hatte.

Wenn übrigens einige neuere Schriftsteller bemerkt haben, daß man die Absicht weder Gewinnsucht noch Habsucht nennen, und daß man Heimlichkeit nicht als wesentlich im Akte des Diebstahls bezeichnen könne, so haben sie recht; allein in Hinsicht auf die verbrecherische Absicht muß man im Allgemeinen wissen, daß die Natur des Verbrechens eigentlich die Absicht charakterisirt, und daß man daher die diebische Absicht eben deßhalb nicht anders benennen, sondern nur unbestimmt beschreiben kann — in Hinsicht auf die Ausführung des Diebstahls aber wird der Dieb gewöhnlich streben, durch eine nicht bemerkte That die Spur auf Diebstahl und Dieb zu verdunkeln, wenn auch ein kecker Dieb manchmal offen zu Werke geht. Aber Begriffsbestimmungen müssen doch immer aus der gewöhnlichen Erscheinung genommen werden.

Hieraus ist zu erkennen, daß der sogenannte Funddiebstahl mehr eine Unterschlagung als ein Diebstahl seyn würde, aber im Geiste der Karolina auch nicht zur Unterschlagung gehört.

§. 135.

III. Sofort kömmt es darauf an, diejenigen Objekte zu bezeichnen, in welchen Diebstahl ausnahmsweise nicht begangen wird. Hieher gehören:

a) die Feldfrüchte bei Tag, wenn kein großer Schaden geschieht;

b) das Abhauen des Holzes im Walde;

c) die Fische in den freien, wenn auch bestimmten Herren zuständigen Gewässern und nach gemeinem Recht auch das Wild in den uneingezäunten Wäldern;

d) relative das Gut der Eheleute untereinander und das Erbgut in Beziehung auf die nächsten Erben;

e) eßbare Waaren in der Hungersnoth, Kleider in einer ähnlichen physischen Noth, überhaupt Dinge, die unmittelbar eine physische Noth befriedigen, also nicht Geld, weil dieß zwar überall abhilft, aber nur mittelbar.

Unter allen diesen Punkten ist nur derjenige, welcher die Eheleute betrifft, aus römischen Rechte näher zu bestimmen.

An **rebus hereditatis jacentis**, an einem **cadaver**, obgleich beide Arten von Sachen noch immer im römischen Sinne res

nullius sind, wird Diebstahl begangen, und zwar in lezterer Hinsicht, wenn aus dem Kirchhofe die Entwendung statt hat, ein sacrilegium; ferner an zahmen Thieren, so lange sie nicht derelinquirt sind, besonders am Vieh im Stalle und auf der Weide, an Bäumen, auch wenn sie erst ausgegraben werden müssen (aber die furtiva caesio gehört nicht hieher, sondern in die Lehre von der Beschädigung), ebenso an Theilen des Hauses, indem sie vom Hause getrennt standen [1]); am Gut der Gemeinden, auch wenn es zur Benützung einer **res communis** gehört, z. B. an Steinen zur Beschützung des Ufers des Meeres oder eines Flusses. Daß auch an Urkunden ein Diebstahl begangen werden könne, ist nicht zu bezweifeln, und daß die Römer dann nicht den Werth des Papiers, sondern das Interesse der Urkunde als **cautio** angeschlagen haben, ist bekannt [2]). Allein dieß ist hier offenbar, in Folge der Ausdehnung des Begriffes **furtum** auf den **usus**, geschehen, woher es auch kam, daß so Vieles, was im deutschen Rechte die Stellung der betrügerischen Beschädigung hat, unter der Richtung des unbefugten Gebrauches oder des Mißbrauches, oder der Unterdrückung des Gebrauches bei den Römern furtum war. Das Wegnehmen einer Urkunde kann

a) reiner Diebstahl seyn, wenn sie eine alte in sich großen Werth darbietende Handschrift, oder mit Goldverzierungen versehen ist; nicht weniger, wenn sie als Geld erscheint; wie die preußischen Tresorscheine, endlich sogar wenn sie eine bloße Obligation ist, aber au porteur, wo sie für Jedermann Geldwerth darbietet. Außerdem aber

b) ist wohl hier immer Diebstahl vorhanden, wenn es an den übrigen Merkmalen desselben nicht fehlt, jedoch wird gewöhnlich Betrug damit konkurriren, und da die Urkunde nicht wie in den Fällen ad a. einen Werth in sich trägt, sondern ihn nur als **cautio** oder als Beweisdokument, **instrumentum**, gewinnt, so wird die betrügerische Unterdrückung derselben oder sonst ein betrügerischer Mißbrauch derselben das eigentliche Verbrechen bilden [3]).

---

[1]) Civilistisch kommt noch die Lehre de tigno juncto aus dem römischen Rechte in Betracht.

[2]) L. 27. D. 47. 2.

[3]) Falsch ist es, den Werth des Diebstahls also zu bestimmen.

§. 136.

IV. Der nächste Standpunkt, wenn der Begriff des Diebstahls feststeht, ist nach deutschem Rechte die Untersuchung, ob es ein großer oder kleiner Diebstahl sey. So relativ dieser Unterschied erscheint, so wenig wichtig er im römischen System seyn konnte, so bedeutend ist er in der Vorstellung unseres Volkes und in der Gerichtseinrichtung der Deutschen. Hiernach nämlich ist ein kleiner nicht weiter qualifizirter Diebstahl polizeilich zu strafen, und die Abschätzung gehört wesentlich in die Erhebung des Thatbestandes. Diese aber geschieht rein aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesses, also nach dem gemeinen Werthe der Zeit und des Orts, wo die Sache gestohlen ist, und zwar nach dem **quanti res ipsa est**, nicht nach dem **omne quod interest**. Daher ist nicht anzuschlagen, was dem Bestohlenen an Nachtheilen durch den Diebstahl zuging, z. B. wenn die gestohlene Sache in Verbindung mit andern Sachen stand, unbeschadet der Rechtsmittel und der Grundsätze der **aestimatio** für den privatrechtlichen Ersatz. Die Rücksicht auf den Schaden des Bestohlenen ist ausdrücklich nur als ein Nebenmoment in der Ausmessung der Strafe vom Gesetzgeber aufgestellt, woraus man allein sehen würde, daß der Begriff selbst nicht darnach zu finden ist. In derselben Rücksicht ist der bewirkte Ersatz des Schadens auf gemeinem Rechte nur ein Moment der Strafmilderung, nicht aber der Strafaufhebung; und es kann auch nicht einmal durch den theilweisen Ersatz ein großer Diebstahl in einen kleinen verwandelt werden. Wenn der kleine Diebstahl mit dem **duplo** soll abgelöst werden können, so wird dadurch der polizeiliche Standpunkt nicht verrückt, denn Geldstrafen waren in Deutschland immer öffentliche Rügestrafen, und schon der Umstand, daß statt deren Gefängniß verfügt werden kann [1]), bezeichnet deren Charakter.

---

[1]) Bei dieser Gelegenheit erinnern wir daran, daß das Gefängnißwesen in Deutschland ursprünglich nur die Bestimmung hatte, auf eine kurze Zeit die Freiheit zu nehmen (Einthürmung), und daß mit dem Gedanken der Zucht- und Arbeitshäuser der Anfang zu einem ganz neuen Strafsysteme gemacht wurde, welches mit Aufhebung der körperlichen Züchtigungen, der Beschränkung der Geldstrafen, der Aufhebung der Konfiskation und der oft intendirten Aufhebung der Todesstrafe im wahren Sinne souverän werden wird, und wahrscheinlich nach amerikanischer Politik.

§. 137.

V. Der Angriff besonderer Verhältnisse der Befriedigung bei dem Diebstahl hat zwar jezt unter ganz andern Staatseinrichtungen nicht mehr die alte Bedeutung; dennoch müssen wir uns nicht an den Buchstaben der Karolina halten. Es ist nämlich kein Zweifel,

a) daß Diebstähle in der Nacht, weil hier die Gefahr größer und der Nachtfriede heiliger ist, härter zu strafen sind, wobei auch noch die Wohlthat der leichteren Entschuldigung, wenn der Bestohlene auf die Nothwehr sich beruft [1]) anzuschlagen ist.

b) Daß Diebstähle in einzeln liegenden Mühlen, Jagdhäusern, Gartenhäusern, an Sachen, die nur auf öffentlichen freien Plätzen aufgestellt werden können, z. B. Feuerleitern, Kirchhöfen, Pflügen strenger zu strafen sind, denn ein solcher Dieb mißbraucht das im Volke liegende Gefühl der Befriedigung, und ist dadurch ein gefährlicher Mensch. Die Karolina wollte, indem sie solche Punkte nicht berührte, keineswegs die Volksansichten unterdrücken und die Fortbildung des feineren Strafrechts hemmen. Damit hängt dann zusammen:

§. 138.

VI. Der Diebstahl durch Einbrechen und Einsteigen in Häuser und Behaltungen und das Eingehen mit Waffen. Hiebei ist wichtig,

a) daß der Ort ein Gebäude oder doch eine nach allen Seiten abgeschlossene Behaltung seyn muß, in welche man eingeht. Erbrechen von Schränken und Kisten ist nicht genügend, dieß beweist der ganze geschichtliche Entwickelungsgang, das alte Wort **screona**; und der Irrthum ist nur daher gekommen, daß man sich auf den römischen **effractor** und auf die falsche Uebersetzung des **Remus** mit **arca** berufen hat. Endlich ist dafür der klare Ausdruck der Karolina mit Eingehen.

b) Daß der Ausdruck gefährlich oder geflissentlich im Art. 159 kein Recht gibt, andere gefährliche und wohl überlegte Diebstähle analog zu behandeln, denn man sieht klar, daß der Schutz

---

[1]) Von den Fällen, wo der Nachtdiebstahl die Handlung erst zum Verbrechen macht, war schon oben die Rede.

der Häuser und Behaltungen — die Befriedigung dieser Orte der Grund des besondern Strafrechts ist.

c) Ueber die Worte, Einsteigen und Waffen, lassen sich weder Begriffe noch Beschreibungen geben, denn es ist oft leichter durch ein Fenster eingehen, als durch eine Thüre, und ich kenne ein Landesgesetz, wo man zu den Waffen unter andern Dolche, Stilette, und dann wieder dolchartige Messer [1]) zählt, und ich kenne ein anderes, wo man jedes Instrument dazu zählt, wodurch Jemand lebensgefährlich verwundet werden kann.

§. 139.

VII. Jezt ist die Lehre vom zweiten und dritten Diebstahl in Betracht zu nehmen. Daß derjenige, welchen man zweier Diebstähle im Gegensatze des fortgesezten Diebstahls beschuldigt, auch wenn durch Zusammenrechnung kein großer Diebstahl herauskömmt, dem Malefizgerichte verfällt, ist ziemlich allgemein angenommen, und es ist nicht nöthig, daß der Dieb schon wegen des ersten Diebstahls gestraft war, oder daß, wie die Neueren sagen, ein Rückfall da sey. Konsequent sollte nun der dritte Diebstahl derjenige heißen, den der Dieb verübt hat, nachdem er bereits zweimal gestohlen hatte, die Neueren sagen aber, nachdem er bereits zweimal, oder wenigstens wegen eines zweiten Diebstahls, wenn auch nur einmal gerichtet und bestraft war. Die Karolina scheint nicht an den Fall zu denken, wo Jemand im Diebstahl ergriffen freiwillig dem Richter eröffnet, schon zweimal vorher gestohlen zu haben, sondern an den Fall, wo Jemand, der schon als Dieb bekannt ist, daher fur famosus oder verläumbdeter Dieb, den man also schon mehr als einmal als Dieb kennen gelernt hatte, wieder im Diebstahle befunden wird. Darauf, ob er früher prozessirt worden, legt die Karolina wenigstens mit keinem Worte einigen Werth und nach dem Geiste jener und der früheren Zeiten, wo die Justiz nicht ängstlich jeden Fall analysirte, konnte man auch gar nicht so denken. Genug also, daß Jemand, der wegen ein paar Diebstählen unzweifelhaft bekannt war, zum Drittenmal stiehlt. Das „Betreten“ in der Karolina bedeutet auch nicht die handhafte That, von der ja überall nichts

---

[1]) Also nicht andere Messer.

mehr abhängt. So steht der Sinn der Karolina und auf Damhouder ist dabei gar nichts zu geben, da er sich auf den Sinn der Karolina nicht einläßt, und bloß von einer lokalen Praxis spricht, auch ist ja sein bis correptus nicht besser, als wie wir die Sache auch oben erklärt haben. Allein nach den veränderten Verhältnissen unsrer Zeit, wo man einen Diebstahl für juristisch gewiß gar nicht ansehen kann, wenn er nicht aktenmäßig erwiesen ist, mag man allerdings die Meinung annehmen, daß Jemand schon zweimal prozessirt seyn müsse, und wenn die Praxis in ihrem Streben nach Billigkeit respektirt wird, so ist nicht einmal genug, daß Jemand wegen des zweiten Diebstahls aber nur einmal prozessirt war, obgleich prinzipienmäßig diese Ansicht Alles für sich hat. Kontroversen solcher Art können nur, wie hier geschieht, geschichtlich angedeutet, unmöglich aber durch die Interpretation des hingeworfenen Gesetzes selbst, auch nicht einmal durch die logische Konjekturalinterpretation erledigt werden. Dieß Feld ist die praktische Seite der Dogmengeschichte.

§. 140.

VIII. Der Kirchenraub (halten wir bei diesem Ausdruck, der, weil bei den Alten Räuber **latro** jeden **fur atrocissimus** bedeutete, wegen der Heiligkeit des Objekts angewendet wurde) ist noch immer anders nach dem Standpunkte der katholischen, und anders nach jenem der protestantischen Vorstellungen zu beurtheilen. Wenn nämlich der Dieb ein Katholik ist und sein Verbrechen an katholischen Kirchensachen verübt, müssen die Grundsätze der Karolina fortwährend beachtet werden, welche natürlich für die Protestanten antiquirt sind: so daß hier nur der Diebstahl an einer besonders befriedeten Sache und der Umstand erwogen wird, daß es auf den Unterschied des kleinen und großen Diebstahls nicht ankommen kann. Wir glauben, daß es nicht einmal für eine neue Gesetzgebung räthlich ist, von dem kirchlichen Boden sich zu trennen, weil kein Staat ohne innere Verbindung mit der Kirche in voller Harmonie seiner Kräfte und seines Einflusses auf die Geister gedacht werden kann.

§. 141.

IX. Zulezt stehe jezt noch eine allgemeine Betrachtung über die Beziehung des römischen Rechts auf diese Lehre, da dessen

Bedeutung nirgends bestrittener und die Ansichten darüber in allen Hand- und Lehrbüchern unbestimmt genug sind.

Das römische Recht hat nur in folgenden Richtungen Einfluß:

a) daß die Diebstahlsgesinnung, der **animus lucri**, bei beiden Rechten gleich ist, und daher alle Betrachtungen der römischen Juristen darüber, namentlich durch den Gegensatz zum **animus damni dandi** und **injuriandi** gebraucht werden können;

b) daß an die Stelle der Lehre von der Wehr die römische Lehre vom Besitz getreten ist, und daher der Begriff von Entziehung nach diesem römischen Standpunkte jezt bemessen werden muß. Es ist aber dann nicht der weitere Begriff der **contrectatio**, sondern der der **apprehensio**; damit verträgt sich

c) die Anwendung der Besitzlehre auf die **interversio** oder auf das diebische Behalten, wobei auch das römische Recht wenigstens nicht ausdrücklich den **animus lucri** vorausseżt, obgleich es scheint, daß die **actio furti** nur unter dieser Voraussetzung zulässig gewesen ist. Die **actio furti** aber ist in unsern Gerichten unanwendbar, weil sie in das deutsche Prozeßwesen über den Diebstahl nicht paßt;

d) außerdem ist vom römischen Rechte anwendbar dasjenige, was nicht bloß dem **furtum**, sondern auch dem **damnum datum** angehört, oder vielmehr beide umfaßt — soweit nämlich, als darauf die Strafbarkeit gegründet werden kann, weil hier das deutsche Recht sich nicht ausgebildet hat. Es gehören hieher die Veruntreuungen und Beschädigungen **in turba, naufragio, incendio, ruina**, die **caesio arborum**, die **violatio sepulcri**, die **praevaricatio**, das **crimen termini moti** und der **stellionatus**. Auch ist die Lehre von der **amotio** unter Eheleuten aus dem civilrechtlichen Standpunkte anwendbar.

Alles andere aber ist als dem Wesen des deutschen Rechts zuwider nicht zu gebrauchen, und entweder als Beschädigung aufzufassen wie das **furtum usus et possessionis**, wornach es in den Betrug oder auch in die Vergewaltigung fällt, wie die **effractio** und **rapina**, die nicht Diebstahl ist — oder ist als eine Qualifikation anzusehen, welche im deutschen Rechte nicht weiter angeschlagen wird, wie die **expilatio** überhaupt und die **expilatio hereditatis** insbesondere, der **abigeatus**, das Delikt der **fures balneariі**, der **saccularii et directarii**.

Hiernach läßt sich denn auch bemessen, mit welcher Vorsicht man jede einzelne Stelle im **corpus juris** behandeln muß, um einzusehen, ob sie zum Geiste des deutschen Rechts in dieser Lehre passe oder nicht.

§. 142.

Von der strafbaren Beschädigung des fremden Guts.

Die germanischen zulezt in den Spiegeln niedergelegten Ansichten sind nicht zu gebrauchen, weil sie auf den Grundsätzen der Komposition ruhten, da Thiere ja auch ihr Wehrgeld hatten, und da umgekehrt die Herren für ihre Zugehörigen haften mußten und überhaupt beim Schaden nicht näher die Schuld untersucht wurde, soferne nur die objektive Erscheinung des Schadens nach den Ansichten der Zeit, die meistens noch die alten Verhältnisse der Landwirthschaft im Auge hatten, auffallend genug war. Für die städtischen Interessen griffen lauter Stadtordnungen und die aus den Städten hervorgegangene polizeiliche Wirksamkeit ein, die wohl hier näher bestimmt werden dürfte. Das Bauwesen, die Reinlichkeit der Straßen, der Handel mit Lebensbedürfnissen, namentlich der Weinverkauf, die Beschädigungen durch Muthwillen in der Nacht, im Trunk, die Zunftverhältnisse u. s. w. sind lauter Dinge, wodurch gewöhnlich durch Strafen Beschädigungen des gemeinen Wesens oder Einzelner verhütet werden sollten; allein gemeinrechtlich läßt sich hier nirgends ein Anhaltpunkt finden, und so bleibt nichts übrig, als auf das römische Recht zurückzugehen, welches auch deßhalb der rechte Wegweiser ist, weil es die Strafbarkeit der Beschädigung ohne besondere Gesetze und Einrichtungen lediglich in die Schuld des Thäters stellt. Dabei ist jedoch nicht zu vergessen, daß das römische Recht der justinianischen Kompilation in solchen Lehren, wo zugleich auf polizeiliche Einrichtungen geachtet werden muß, Manches zu wünschen übrig läßt, und daß man annehmen muß, wie die Administratoren der öffentlichen Gewalt in den Hauptstädten und in den Provinzen durch ihre arbiträre Thätigkeit Vieles ergänzten. Ueber solche Dinge verbreitet sich auch immer, wie wir in unserm täglichen Leben sehen, die Wissenschaft am wenigsten, und zugleich ist die Praxis hier am wenigsten wissenschaftlich, weil die kleine Lokalpolitik das Meiste entscheidet. Was indeß dem

römischen Rechtssysteme in dieser Lehre angehört, ist im Kurzen Folgendes:

I. Beschädigungen Anderer treten ein ohne betrügerische und gewaltsame Tendenz, durch Vernachlässigung öffentlicher und privatrechtlicher Pflichten, durch Anmaßungen, und durch Haftung für Andere. Wenn hier nicht besondere Rechtsgrundsätze zur Strafe verflichten, so kann man den allgemeinen Standpunkt eines strafbaren Delikts nicht herausfinden. Ein besonderes Verhältniß ist z. B. die Beschädigung durch Brand, auch wenn nur eine culpa dazu Veranlassung gegeben hat, und wohl kann man dieß ausdehnen auf eine durch culpa bewirkte Wasserbeschädigung, geschehene Fortpflanzung einer Viehseuche u. s. w. Wenn nun auch für die angegebenen zwei lezteren Fälle kein Buchstabe aus dem corpus juris zeugt, so ist schon bemerkt worden, daß das corpus juris in solchen Punkten nicht abgeschlossen seyn wollte und konnte, aber überhaupt kömmt nicht alle Strafe aus der ausdrücklichen Androhung, sondern hat einen allgemeinen ethischen Grund, so daß die Natur des Falles die Bestimmtheit des Strafrechtes hinlänglich offenbart. Wohlthätig ist es, wenn da, wo Ereignisse dieser Art besorgt werden, die unmittelbare Lokalobrigkeit durch Edikte die Strafbarkeit der Handlung ausdrücklich bezeichnet und bedroht. Gewöhnlich konkurrirt in solchen Dingen der sogenannte polizeiliche Gesichtspunkt; allein man muß doch wohl zu unterscheiden wissen:

a) das Fundament in der objektiven Richtung des Schadens,

b) das Fundament in der subjektiven Richtung der verlezten bürgerlichen Ordnung und des excessiven Benehmens, wenn auch überall keine verbrecherische Gesinnung zu finden ist.

In der ersten Hinsicht muß dann die Größe des Schadens, die gemeine Gefahr, die Sache als res mali exempli, jede Einwirkung der Staatsgewalt rechtfertigen, wie dieß bei den Römern extra ordinem sicherlich geschah; in der andern Hinsicht ist es nicht gerade diese Art von Objektivität und Bedeutung, sondern der Umstand, daß man durch Aufsicht und bürgerliche Zucht wirken muß, und daher oft Strafen begründet sind, wo gar kein Schaden entstanden ist, weil die censura publica von materiellen Folgen eines Fehltritts nicht abhängig seyn kann. Diese Richtung gehört aber nicht hieher, sondern in ein ganz anderes

Kapitel unsers Werkes, wo diese eine Seite der neueren Polizei historisch untersucht werden soll.

II. Beschädigungen sind immer strafbar, wenn sie durch eine vorbedachte Gewalt ausgeführt worden sind. Ob an Personen oder an Sachen ist gleichgültig, nur ist in ersterer Hinsicht die Lehre von der Körperverletzung und von den Injurien maßgebend und die Beschädigung des Guts dabei ein aggravirender Nebenumstand; in der andern Hinsicht ist natürlich nicht jede Kleinigkeit zur öffentlichen Strafe geeignet, z. B. das Einwerfen von Fenstern, aber wohl etwa das Einschießen eines Fensters in einem bewohnten Hause durch eine Kugel, ferner das gewaltsame Einbrechen in ein Haus und Zusammenschlagen von Sachen, die durch den Hausfrieden gesichert zu seyn scheinen u. s. w. Die Römer bezogen hierher ihren Begriff effractor, und griffen unter erschwerenden Umständen zu allen Zeiten auch unter den republikanischen Einrichtungen und magistratus extra ordinem ein.

III. Die boshafte Tendenz ohne Unterschied der offenen und heimlichen Gewalt, wenn dadurch merklicher Schaden geschieht, führt nicht weniger zur Bestrafung. In der ersten Hinsicht, wo besonders die heimliche Ausführung einer an sich gewaltsamen und eigenmächtigen That hervortritt, kommen vor das heimliche Verschneiden und Zerstören von Bäumen und Pflanzungen, das Abbrennen der Saaten, Halmen, das Beschädigen der Häuser in Demoliren oder Beschmutzen, das Zerschmettern der Straßenlaternen, Zerstören von Brücken und Stegen und anderer befriedeten Dinge [1]). Besonders aggravirend ist in der Idee der Heimlichkeit der Umstand, daß die Handlung in der Nacht verübt ist. Es ist weder möglich, noch nöthig, Alles im Kleinen auf- und auszuführen, auch ist wie oben nur im Allgemeinen dahin zu verweisen, daß, wo der objektive Gesichtspunkt der großen und gefährlichen Beschädigung nicht zur Strafe berechtigt, polizeiliche Rüge des Individuums eintreten kann; aber es ist wichtig, auf den Prozeß in solchen Fällen einigermaßen aufmerksam zu machen. Ein eigentlicher Kriminalprozeß ex officio wird so leicht nicht zu eröffnen seyn, eher schon wird eine Anklage auf

---

[1]) L. 1. § 1. D. de extraord. crim. Hefftter Lehrb. 381.

öffentliche Strafe besonders dann begründet seyn, wenn der Beschädiger Schadensersatz nicht leisten kann, denn darauf führt:

1) die Ansicht des römischen Rechts bei der Brandstiftung, daß, wenn der Brandstifter den Schaden nicht gut machen kann, unter allen Umständen auf eine **poena publica** angetragen werden darf;

2) dasselbe kömmt im römischen Recht bei dem **delicto privato** des **furti** und der **injuria** vor, und ist daher gewissermaßen allgemeiner Grundsatz; und

3) auch das deutsche Recht stimmt immer damit überein, wie wir oben aus der geschichtlichen Darstellung gesehen haben. Bei der Vernehmung des Damnifikaten, wenn auch nur eine polizeiliche Anzeige Veranlassung gegeben hat, stellt sich dann gewöhnlich am besten heraus, wie der Richter zugleich im öffentlichen und im Privatinteresse weiter zu verfahren hat.

IV. Die Beschädigung ist endlich, wenn sie nicht unbedeutend ist, immer strafbar, soferne sie durch ein offenbar betrügerisches Benehmen entstanden ist. Der römische **stellionatus** gehört hieher und nicht zu dem **falsum** und **quasifalsum**. Die Begriffskonstruktion hat auch hier wieder der historischen Wahrheit und der richtigen Ansicht des Lebens Eintrag gethan. Bei dem sogenannten Verbrechen des Betrugs ist es offenbar die objektive Seite des gestifteten Schadens, welche **principaliter** in Anschlag kömmt. Dieß geht hervor

1) daraus, daß viele einzelne Fälle des Stellionates ursprünglich zum **furtum** gerechnet wurden, bei welchem notorisch die Sicherung des Guts und der Vortheile aus gewissen Rechten die Hauptbedeutung gibt;

2) daraus, daß die **actio doli** später der Typus für den Stellionat in seinem objektiven Umfange wurde. Jenes Rechtsmittel ist aber offenbar auf die Verfolgung des **id, quod interest**, auf den objektiven Schaden gerichtet;

3) daraus, daß der Gegensatz zum **falsum** und **quasifalsum** gerade darin besteht, daß hier auf eine Beschädigung überall Nichts ankömmt, während dort ohne objektiven Thatbestand des Schadens an jeder juristischen Spur des Delikts es fehlt, und ein Versuch des Betrugs oder Stellionates nicht einmal in einigen Betracht kommt.

Formell aus dem judicio stellionatus ist freilich nichts zu schließen, denn als dasselbe aufgestellt wurde, war zwar nicht die Begriffsgrenze aber doch die praktische oder prozessualische Grenze des alten judicii publici et privati eingefallen, und was dafür als Unterschied des Kriminal- und Civilrechts eintrat, kann nicht mehr auf unsere Frage Einfluß haben. In dieser Beziehung heißt es in l. 1. D. 47. 20.

Actio stellionatus neque publicis judiciis neque privatis actionibus continetur.

Zu der Zeit, wo der Stellionat mit der **extraordinaria coercitio** verfolgt wurde, berief man sich so wenig mehr auf das Edikt und auf dessen Tendenz, bestimmte Privatrechte zu schützen, als auf die **leges judiciorum publicorum** und auf deren Tendenz, das Interesse des öffentlichen Lebens zu bewahren, und auf die hiernach gegebene Staats- und Nationalmoral, sondern darauf, daß es der öffentlichen Gewalt anheimgefallen sey, Gefahren für das öffentliche und Privatrecht in Beziehung auf verbrecherische Menschen abzuwenden. Und deßhalb war das **judicium in stelliones** eingeführt, namentlich um den Beschädigungen des Privatguts zuvorzukommen; allein es läßt sich leicht denken, daß Gefahren für Leib und Leben durch solche Intriguen ebenfalls mittelst einer strengen Strafjustiz verhütet werden sollten [1]), was freilich nicht unmittelbar hieher gehört, was aber bewährt, daß hiedurch die Richter ziemlich wie durch eine **clausula generalis** gegen betrügerisch-gefährliche Subjekte zur Bestrafung autorisirt sind. In dieser Richtung hat auch der Stellionat die allgemeinste Stellung, und man könnte recht gut die Konfussion, das **crimen termini moti** die **praevaricatio** darunterstellen, wenn nicht unter allen Völkern das Rechtsgebiet wie die Erde nach einzelnen Stellen bebaut, und dann oft schon bei der Austheilung einer großen Fläche zur Kultur kleine Theile in der Fläche bereits kultivirt befunden würden. Schon mehrmals haben wir angeführt, daß die **extraordinaria persecutio** hauptsächlich gegen Gattungen von Menschen gerichtet war, welche durch ihr ganzes Leben und Benehmen der bürgerlichen Gesellschaft schädlich waren, wie die **receptatores, sollicitatores alienarum nuptiarum, dardanarii,**

---

[1]) Si quis collusionem in necem alterius fecerit l. 3. §. 1. D. h. t.

circulatores und die verschiedenen Arten gefährlicher Diebe; hieher gehören dann auch die stelliones [1]), und daraus folgt wieder, daß nicht die erste kleine Betrügerei kriminell verfolgt wurde, so wenig wie bei den Deutschen der erste kleine Diebstahl [2]), sondern daß die strafbare Betrügerei entweder eine große und grobe seyn mußte, oder das Individuum durch viele, wenn auch kleine Betrügereien berüchtigt. Auch noch eine andere Seite kömmt hier in Betracht. Nicht jeder dolus führt in das Verbrechen, und so sehr schon die civilrechtlichen Klagen ex dolo, die Kontraktsklagen, die Restitutionen und die subsidiären Entschädigungsklagen in factum ihre bestimmten Voraussetzungen und Grenzen hatten, um so mehr ist dieß der Fall bei der publica extraordinaria cognitio — daher die offenbare Betrügerei, wenn sich der Betrogene leicht hätte wahren können, der sogenannte dolus manifestus nur dann wird öffentlich zu bestrafen seyn, wenn der attrapirte Betrüger Entschädigung nicht leisten kann; wie der rechtlich historische Grund dafür schon oben entwickelt ist.

Durch alle diese Richtungen ist die betrügerische Beschädigung als strafbares Delikt von der Fälschung verschieden, aber es läßt sich auch noch ein bedeutenderer Standpunkt ihres Gegensatzes aufschließen.

Bei der Fälschung ist der Standpunkt der Beschädigung ganz sekundär; die verletzte publica fides ist die Grundlage des Verbrechens. Worin aber die publica fides bestehe, ist, wie fast Alles, nicht durch eine a priori oder a posteriori aufgeraffte Abstraktion als vielmehr durch Verfolgung der Vorstellungen in der Geschichte der Bildung des Gemeinwesens der einzelnen Völker zu begreifen. So haben die Römer einen sehr einfachen Anfang, indem sie die Verletzung der publica fides in Beziehung auf Testamente und Münzen für ausdrücklich kriminell erklärten, obgleich damit nicht im Sinne der Neueren gesagt war, daß die Verletzung der publica fides in anderer Weise, z. B. durch die Fälschung von Seite einer Magistratur in Amtssachen nicht zur quaestio geführt hätte; denn Volk und Senat konnte ja jeden Augenblick eine quaestio anordnen. Ebendeßhalb erfolgte auch die weitere

---

[1]) Menagius amoenitates juris c. 39.

[2]) In unserer Zeit hat man von gesetzgeberischer Seite nicht mit Unrecht daran gedacht, die Betrügereien ad exemplum der Diebstähle zu bestrafen.

Ausbildung des Verbrechens der Fälschung erst von der Zeit an, wo die republikanischen Organe alle verschwunden, und gleichsam an ihre Stelle die Wissenschaft getreten war. Hier wurde dem auf einer **lex** beruhenden Begriffe von **falsum** die weitere Entwickelung des Begriffes aus dem Standpunkte der verlezten **publica fides unter dem Namen quasifalsum** an die Seite gestellt. In den einzelnen Fällen, welche hieher gehören, wird sich immer der Mißbrauch des durch die Staatsgewalt garantirten, oder durch die öffentliche Sitte geheiligten Vertrauens nachweisen lassen; das **falsum** wird sich als eine Lüge darstellen, welche man wegen öffentlicher bürgerlicher Pflichten nicht thun durfte. Diese öffentlichen Bürgerpflichten sind nun bald **civiles**, um den Ausdruck zu gebrauchen, d. h. klar bestimmte Pflichten des öffentlichen Amts und der bürgerlichen Stellung, bald **naturales**, d. h. sie folgen daraus, daß außerdem die **dignitas** des Amts oder des bürgerlichen Standes verlezt wäre. In diesem Sinne halten wir jede Lüge eines Beamten in Amtssachen, soferne ein amtlicher Akt darüber vorgegangen ist, z. B. ein Certifikat ertheilt ist, für eine Fälschung; ferner halten wir jede Erklärung eines Bürgers auf Bürgerpflicht, geschehen in Gemäßheit eines Rechtsaktes für eine Fälschung. Es laufen freilich hiernach oft die Handlungen nach ihren gesetzlichen Begriffen sehr ineinander, z. B. ein Beamter kann durch eine Lüge im Amt ein **falsum**, eine Konkussion und einen Stellionat begehen, so daß der Richter die Wahl hat, ferner haben die römischen Juristen manche Handlungen, die sicherer zum Stellionat als zum **falsum** gestellt werden mochten, in das Leztere eingereiht, weil sie die Schändlichkeit des mißbrauchten öffentlichen Vertrauens hervorheben wollten, was immerhin ein lobenswerther Standpunkt der Juristen, durch Rechtssätze die öffentliche Moral fortzubilden, war.

Interessant ist es, ganz ähnliche Betrachtungen beim Studium der Entwickelung des englischen Rechts zu machen, und ebenso interessant ist es, den verkehrten Gang der neueren deutschen Untersuchungen zu verfolgen, wornach das Recht auf Wahrheit in dem **falso** verlezt seyn soll, endlich darauf aufmerksam zu werden, daß die neuere französische Jurisprudenz in solchen Punkten natürlicher Rechtsentwickelung immer am Scheidewege sich findet, den Buchstaben ihrer Pönaljurisprudenz auf der einen — die

gesunde Natur, welche dem Franzosen so wohl steht, auf der andern Seite. Doch die weitere Ausführung dieses Punktes leitet uns auf das folgende Kapitel hinüber, und sowie wir aus der Richtung des damni dati hier des Stellionates erwähnen mußten, so wird dieß Verbrechen des nothwendigen Gegensatzes zum falsi wegen, sowie seiner Gesammtbeziehung halber zu den Unredlichkeiten eigentlich erst im kommenden Kapitel vollkommen dargestellt werden können.

Nachtrag zum ersten Theile.

Bei meinem Aufenthalte in Wien im Herbste des Jahres 1838 ist mir ein Manuscript, ein Venetianer Stadtrecht enthaltend, in die Hand gekommen, von welchem noch Niemand, so viel mir bekannt ist, Nachricht gegeben hat. Es ist vom 7. Julius 1232, und findet sich in der Hofbibliothek in der eigenen Sammlung der bibliotheca Foscarini. Es kündigt sich an:

In nomine Domini Dei et Salvatoris nostri Jesu Christi Anno Domini millesimo ducentesimo trigesimo secundo die septimo exeunte, mense Julii, indictione quinta, Rivoalti etc.

Das Werk selbst wird **publica promissio** genannt, ist also eine Stadtautonomie. Im Strafrechte hat es viele wichtige Punkte, z. B. es unterscheidet **latrones, fures,** die, **qui fuerint in alterius domo inventi** und welche **robaria** und **praeda in districtu** machen; bei dem Diebstahle wird der Werth und der erste und weitere Diebstahl unterschieden, der Hehler wird wie der Stehler behandelt; der Beweis wird durch Zeugen, Geständniß und als **manifestum** dargestellt; wenn Mehrere stehlen, soll Jeder von ihnen die Strafe des Diebstahls nach dem Werthe des Objekts leiden u. s. w. Blutrunst steht unter dem Blutbann, aber **per discretionem judicum judicetur.** — Die Zeugen sind zu vereiden, auch ist die Rede **de illis, qui faciunt aliquid maleficium per herbariam, qui mercimonia falsant, qui virginem devirginaverint etc.** Ein Anhang lautet: **de falsatoribus monetae,** eine eigene Instruktion ist für die **domini de nocte** gegeben. Auch steht da:

Quod certa maleficia varia et diversa et non specificata, sint in discretione judicum juxta maleficii qualitatem.

Ein Venetus peccans in Venetum extra Venetiam wird gestraft ohne Rücksicht sogar, daß er schon auswärts gestraft ist.

Die Fortbildung des Venetianischen Rechts sieht man in einem andern Kodex, der mit der Statutensammlung unter dem Dogen Jakobus Teupulus anfängt, fünf Bücher hat, wo aber vom Kriminalrecht Nichts vorkömmt. Das sechste Buch spricht von Satzungen unter dem Dogen Andreas Dandulo. In dem Nachtrage sind dann einige Rubriken **de maleficiis, über furtum, falsa moneta** (Verbrennen wie im römischen Recht) **latrocinium** u. s. w.

In Hinsicht auf die Geschichte des Strafrechts ist überhaupt die Geschichte des Städtewesens der bei weitem verdienstlichste Theil. Wir machen daher hier noch besonders auf die Mailänder Statuten von 1396 aufmerksam — gedruckt 1480. Sie bestehen aus 6 Theilen, wovon der erste Kriminalrecht enthält — **de ordine procedendi in criminalibus, de forma citationis in scriptis danda servitori, de poenis criminum et de homicidiis etc.** — Unter den neueren Stadtrechten sind die Statuten von Triest von 1550 sehr wichtig — der Prozeß ist nach dem dreifachen Standpunkte der **accusatio, denunciatio** und der **inquisitio** gebildet. Die einzelnen Delikte sind in einer durch die ganze Welt damals gehenden Mischung germanischer und römischer Grundsätze vorgetragen; auch allgemeine Betrachtungen kommen schon vor **quando poenae augeantur ratione temporis, loci et personae.**

Die Mailänder **Constitutiones** hat besonders zusammengetragen Aegidius Bossius, der von uns S. 280 an die Spitze der neueren Schriftsteller über Kriminalrecht gestellt ist, der Vormann von Clarus. **Verri in der praef. pag. CXXIV.**

Ueber die Tyroler Malefizordnung könnte sich noch etwas finden in dem Konvolut **Tirolensia** aus der Ambraser Sammlung jezt in der k. k. Staatskanzlei, und Nachsuchung könnte zunächst halten der Hr. Staatskanzleirath **Dr. Jarcke.**

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Roßhirt, Conrad Franz,

Geschichte und System des deutschen Strafrechts

Bd.: 2. Theil

1839

Bamberg, Staatsbibliothek -- RB.J.cr.o.9(2#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11769444-3